



"Le droit au travail et les politiques d'activation des personnes sans emploi : une étude critique de l'action du droit international des droits humains dans la recomposition des politiques sociales nationales"

Dermine, Elise

**Abstract**

The Right to Work and Activation Policies for the Unemployed. A Critical Assessment of the Impact of International Human Rights Law on the Reshaping of National Social Policies. This dissertation is based on the observation that, since the end of the Seventies, the Welfare state model no longer appears as an adequate framework to secure the right to freely chosen work. Following the transformations of the social and economic context, new institutional arrangements are struggling to emerge. Activation policies stand as the main attempt of industrialized countries to comprehensively respond to mass and long-term unemployment. Against this background, social rights are essentially mobilized in a defensive posture, in order to preserve the social acquis. The thesis suggests going beyond this approach, and using human rights, and more specifically, the right to work, as a tool to redesign social policies, and as a useful framework for discussing and elaborating activation policies (transf...

Document type : *Thèse (Dissertation)*

---

## Référence bibliographique

Dermine, Elise. *Le droit au travail et les politiques d'activation des personnes sans emploi : une étude critique de l'action du droit international des droits humains dans la recomposition des politiques sociales nationales*. Prom. : Vielle, Pascale

# **Le droit au travail et les politiques d'activation des personnes sans emploi**

## **Une étude critique de l'action du droit international des droits humains dans la recomposition des politiques sociales nationales**

Thèse présentée en vue de l'obtention du titre de docteur en sciences juridiques de l'Université catholique de Louvain

*Le 7 octobre 2015*

<u>Promotrice :</u>	Pascale VIELLE (Université catholique de Louvain)
<u>Comité d'accompagnement :</u>	Jean-Michel BONVIN (Université de Genève) Olivier DE SCHUTTER (Université catholique de Louvain) Filip DORSSEMONT (Université catholique de Louvain)
<u>Autres membres du jury :</u>	Adelle BLACKETT (Université de McGill) Daniel DUMONT (Université Libre de Bruxelles)
<u>Président du Jury :</u>	Pierre-Paul VAN GEHUCHTEN (Université catholique de Louvain)



# Sommaire

*Liste des abbréviations*

*Liste des tableaux*

## **Introduction générale**

### **Titre 1. Le droit au travail et les politiques d'activation des personnes sans emploi : contextualisation historique et politique**

Introduction

Chapitre 1. Genèse du droit au travail

Chapitre 2. Le droit au travail dans les pactes internationaux, traduction du compromis social d'après-guerre

Chapitre 3. L'activation des personnes sans emploi, une réponse à la crise d'efficacité de la conception réformatrice du droit au travail

Conclusion du Titre 1

*Bibliographie sélective*

### **Titre 2. L'action des droits humains dans la recomposition des politiques sociales : réflexion critique**

Introduction

Chapitre 1. Droits humains et politique

Chapitre 2. La fonction et le pouvoir d'action de la jurisprudence internationale relative aux droits humains dans la recomposition des politiques sociales nationales

Conclusion du Titre 2

*Bibliographie sélective*

### **Titre 3. La jurisprudence internationale relative au droit au travail face aux politiques nationales d'activation des personnes sans emploi : étude analytique et évaluative**

Introduction

Chapitre 1. Les politiques d'activation des personnes sans emploi, un moyen de réaliser le droit au travail ?

Chapitre 2. Le droit au travail librement choisi, une limite au développement des variantes coercitives de l'activation ?

Conclusion du Titre 3

*Bibliographie*

## **Conclusion générale**

## Liste des abréviations

CDESC	Comité des droits économiques, sociaux et culturels
CDH	Commission des droits de l'homme
CEACR	Commission d'experts pour l'application des conventions et des recommandations de l'OIT
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CEDS	Comité européen des droits sociaux
CIT	Conférence internationale du travail
CSE	Charte sociale européenne
CS-SS	Comité d'experts sur la sécurité sociale
DESC	Droits économiques, sociaux et culturels
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
OIT	Organisation internationale du travail
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
PIDESC	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

## Introduction générale

« L'institution des droits de l'homme est beaucoup plus qu'un événement – quelque chose qui apparaîtrait dans la poussée du temps et serait voué à se perdre en elle : un principe surgit auquel on ne peut désormais que faire retour pour déchiffrer la société, l'individu et l'histoire ».

(C. LEFORT, « Droits de l'homme et politique », in *L'invention démocratique. Les limites de la domination totalitaire*, Paris, Fayard, 1981, p. 52).

### 1. Le contexte général de la recherche

1. Depuis le début des années 1990, les pays industrialisés multiplient les réformes visant à favoriser les transitions des personnes sans emploi de la sécurité sociale vers le marché de l'emploi. En fonction de leur *design* légal et de leur mise en œuvre, les mesures d'activation réalisent des arbitrages variés entre le droit et le devoir de travailler des personnes sans emploi. Dans ce contexte, une question émerge, celle du juste équilibre entre la liberté des individus de choisir un emploi qui leur permettent de se réaliser et leur devoir de travailler dans l'intérêt de la société dans son ensemble. Le projet de recherche doctorale s'est mû au départ de cette préoccupation de justice sociale et entend mobiliser l'outil disciplinaire que constitue le droit international des droits humains<sup>1</sup> (DIDH), et plus particulièrement le droit au travail, afin d'esquisser une réponse à cette question (a.).

Une seconde interrogation a rapidement surgi sur le plan théorique, laquelle doit permettre au projet doctoral de franchir le pas de la pertinence sociale à celui de la pertinence

---

<sup>1</sup> Dans la thèse, nous avons préféré l'expression de « droits humains » au vocable « droits de l'homme » ou « droits de l'Homme ». Plusieurs raisons ont justifié ce choix. Il convient avant tout de préciser que le terme « droits humains » n'est pas un anglicanisme (*human rights*). La référence au genre masculin est l'exception de la langue française (*derechos humanos* en Espagnol, *diritti umani* en Italien, *menschenrechte* en Allemand, ou encore *menschenrechten* en Néerlandais). Par ailleurs, plusieurs pays francophones (le Canada, la Suisse ou encore Haïti) ont procédé à cette modification de langage dans leurs textes officiels. L'expression « droits de l'homme » est un héritage de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Cette déclaration n'était pas universelle puisqu'elle ne conférait aucun droit aux femmes. On rappellera à ce titre qu'Olympe de Gouge avait rédigé en 1791 un projet « Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne » pour compléter la Déclaration de 1789, lequel fût refusé par la Convention. Maintenant que l'égalité en droits des hommes et des femmes a été conquise, il nous apparaît important, sur le plan symbolique, de marquer cette évolution dans le langage et d'encourager la mobilisation des droits par les femmes afin de tendre vers une égalité réelle des droits. Outre sa portée symbolique, le remplacement du terme « droits de l'homme » par le terme « droits humains » revêt une dimension cognitive, dès lors qu'il ressort d'études empiriques qu'un grand nombre de personnes pensent que le concept de droits de l'homme réfère aux droits des hommes, par opposition aux droits des femmes. Enfin, nous écartons la voie du « H » majuscule, qui doit signifier l'inclusion des deux genres, parce qu'il est concrètement rarement utilisé à l'écrit et demeurera par ailleurs toujours inaudible à l'oral (sur le sujet, voy. les actes du colloque du 21 mai 2015 ainsi que l'argumentaire du Collectif français « Droits humains », [www.droitshumains.fr](http://www.droitshumains.fr)).

scientifique. La question porte sur le pouvoir d'action des droits humains dans la recomposition des politiques sociales<sup>2</sup>, plus particulièrement sur les conditions dans lesquelles le droit au travail dans le DIDH peut légitimement et efficacement participer à la définition de ce qu'est une « bonne » politique d'activation. Dans le cadre de cette seconde interrogation, l'outil mobilisé afin d'étudier les politiques d'activation des personnes sans emploi – soit le droit au travail dans le DIDH – devient à son tour objet d'études de la présente recherche (b.).

### **a. Les politiques nationales d'activation des personnes sans emploi face au droit au travail dans le droit international des droits humains**

2. Au-delà de la dynamique générale d'activation qui traverse les pays industrialisés, la littérature socio-politique a mis en exergue l'hétérogénéité des mesures et des politiques d'activation adoptées et mises en œuvre par les gouvernements. Elle distingue généralement, sous diverses appellations, les approches disciplinantes de l'activation (qui poussent les chômeurs à reprendre un emploi par le renforcement des obligations liées au travail dans les systèmes de prestations sociales, par la diminution du montant et de la durée des prestations, ou encore par l'introduction de crédits d'impôt) de ses variantes plus émancipatrices (qui prônent le développement de l'employabilité des personnes sans emploi à travers le développement de mesures de formation et d'offres d'expériences professionnelles)<sup>3</sup>.

3. Le phénomène de l'activation est essentiellement appréhendé par des sociologues, des économistes, des politologues ou encore des psychologues. Plusieurs auteurs ont relevé ces dernières années l'importance que ce terrain soit investi par des juristes. Dans un récent article paru en 2014 dans le *European Journal of Social Security*, Anja Eleveld indiquait que « usually analyses of activation policies are pursued from a socio-economic perspective, answering questions about the (side) effects of a certain rule or policies. In that approach, questions belonging to a more legal perspective, like legitimisation, legal logic and fundamental rights, tend to be neglected »<sup>4</sup>. En 2008, en conclusion d'un ouvrage comparatif des politiques d'activation menées dans sept pays européens, Otto Kaufmann et Hans-Joachim Reinhard avaient également relevé que les juristes s'étaient jusqu'ici peu penchés sur le phénomène de l'activation et que les débats autour de cette dynamique et de ses différentes variantes avaient essentiellement été dominés par les hommes politiques et les économistes. Selon eux, à partir du moment où la tendance de l'activation apparaît bien installée et où les personnes concernées par les mesures d'activation sont de plus en plus nombreuses, il est urgent que les juristes s'attèlent, d'une part, à l'explicitation des « underlying fundamental legal principles of activation » et, d'autre part, à développer « a more systematic and

---

<sup>2</sup> Sur le concept de « recomposition des politiques sociales », voy. *infra*, la note de bas de page 21.

<sup>3</sup> Pour un aperçu de la littérature relative aux classifications idéal-typiques des politiques d'activation, voy. *infra*, n°204-207.

<sup>4</sup> A. ELEVELD, « The Duty to Work Without a Wage : a Legal Comparison between Social Assistance Legislation in Germany, The Netherlands and the United Kingdom », *European Journal of Social Security*, Vol. 16, n°3, 2014, p. 205.

consistent view on activation »<sup>5</sup>. Après avoir insisté sur l'ambivalence des politiques d'activation qui peuvent créer un déséquilibre en défaveur des personnes sans emploi mais également augmenter leurs chances de s'insérer dans la société et ainsi contribuer à la justice sociale, ils ont avancé qu'il devrait être de la préoccupation des praticiens du droit et des chercheurs appartenant à la discipline de réajuster les instruments et les normes légales, en vue de s'assurer que l'activation poursuive son développement comme vecteur d'une plus grande justice sociale<sup>6</sup>. Michaël Adler a de son côté appelé au développement de recherches empiriques, adossées à des connaissances théoriques solides, dans le champ de la sécurité sociale, et plus largement de l'Etat social, sur les aspects légaux des politiques d'activation ainsi que sur leur impact sur les droits et les devoirs de leurs destinataires<sup>7</sup>.

Face à la multiplicité des visages de l'activation, l'engagement de juristes dans la recherche apparaît donc sollicité pour deux raisons : sur un plan empirique d'une part, en vue de caractériser et d'affiner les classifications des mesures d'activation au regard de leur impact sur les normes, les catégories et les notions du droit et, sur le plan normatif d'autre part, afin d'évaluer les réformes au regard du droit.

4. Dans cette double perspective, la présente recherche propose de mobiliser le droit international des droits humains, plus particulièrement le droit au travail, en tant que cadre global d'analyse et d'évaluation des politiques d'activation menées à travers l'ensemble des pays industrialisés. Dans le registre des droits sociaux fondamentaux<sup>8</sup>, les praticiens du droit se tournent plus naturellement vers le droit à la sécurité sociale ou encore vers le droit à l'assistance sociale, lesquels ont fait l'objet de développements jurisprudentiels et doctrinaux plus importants. Dans le cadre de cette recherche, nous nous concentrons sur le droit au travail même si les développements qui y sont consacrés nous amèneront également à nous pencher sur les droits à la sécurité sociale et à l'assistance sociale et à établir des liens entre ces différents droits. La nature ouverte et indéterminée du droit au travail apparaissent comme un atout dans la présente recherche.

D'une part, à la différence des droits à la sécurité sociale et à l'assistance sociale, le droit au travail ne voit pas son champ d'application restreint à un champ politique particulier. Alors que les droits à la sécurité sociale et à l'assistance sociale permettent uniquement d'envisager les mesures d'activation intervenues dans le champ de la sécurité sociale entendue au sens large, le droit au travail permet *a priori* de caractériser et d'évaluer les mesures d'activation de manière systématique, qu'elles soient mise en œuvre dans les champs de la sécurité sociale, de la politique active de l'emploi (par exemple : le développement de mesures de

---

<sup>5</sup> H.-J. REINHARD et O. KAUFMANN, « Activation from a Legal Point of View : Concluding Remarks », in W. Eichhorst, O. Kaufmann, R. Konle-Seidl et H.-J. Reinhard (dir.), *Bringing the Jobless into Work, Experiences with Activation Schemes in Europe and the United States*, Berlin/Heidelberg, Springer-Verlag, 2008, p. 445.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> M. ADLER, « Social Security and Social Welfare », in P. Cane et H. Kritzer (dir.), *Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 421.

<sup>8</sup> Pour une analyse comparative de l'impact des politiques d'activation, non pas sur les droits sociaux des allocataires sociaux, mais sur leur droit à la sécurité juridique (relevant à la fois de la sphère des droits sociaux et de celle des droits civils et politiques), voy. P. VAN AERSCHOT, *Activation Policies and the Protection of Individual Rights. A Critical Assessment of the Situation in Denmark, Finland and Sweden*, Farnham, Ashgate, 2011.



formation professionnelle ou la mise en place de systèmes de garde d'enfants) ou encore de la politique fiscale (par exemple : les crédits d'impôt ou les bonus à l'emploi).

D'autre part, le droit au travail permet de saisir les mesures d'activation dans leurs divers impacts sur les droits sociaux des personnes sans emploi. Dans le cadre des droits à la sécurité sociale et à l'assistance sociale, les réformes sont saisies à travers une lecture binaire : elles impliquent, ou n'impliquent pas, un recul dans la protection sociale offerte aux personnes privées d'emploi. Ces droits ne permettent pas de prendre en compte l'éventuel impact positif de la mesure d'activation sur les opportunités de réinsertion dans l'emploi des chômeurs. Or, comme le souligne Grainne De Burca :

« while a policy of quasi-punitive conditionality based “activation” is objectionable from the perspective of the freedom to choose employment (linking social security to an obligation to work), a policy of passive “maintenance” rather than active and supportive integration of marginalized persons such as disabled people, into society (delinking social welfare from positive measures of integration) may also be objectionable from the point of view of social citizenship and belonging»<sup>9</sup>.

Alors que cet enjeu ne peut pas être saisi à travers les droits à la sécurité sociale et à l'assistance sociale, le droit au travail permet au contraire d'envisager aussi bien la restriction qu'emporte la mesure d'activation sur le droit des individus de choisir librement leur emploi que son éventuel impact positif sur la liberté réelle des individus d'accéder à terme à un emploi de leur choix<sup>10</sup>.

5. Lorsque le projet doctoral a débuté, la question de l'appréhension (catégorisation et évaluation) des politiques d'activation à travers le prisme du droit au travail ne suscitait pas grand intérêt au sein de la communauté scientifique des chercheurs en droit<sup>11</sup>. Tout au plus, quelques auteurs avaient-ils soulevé des questionnements quant à la conformité d'une catégorie spécifique de mesures d'activation, les mesures dites de *workfare*<sup>12</sup>, au regard de l'interdiction du travail forcé, lequel, outre sa garantie en tant que droit à part entière, reçoit également une protection en tant que composante du droit au travail<sup>13</sup>. Durant notre parcours

---

<sup>9</sup> G. DE BURCA, « The Future of Social Rights in Europe », in G. De Burca et B. De Witte, *Social Rights in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 13

<sup>10</sup> Cette hypothèse a été présentée au sein d'un ouvrage de 2014, co-dirigé avec Daniel Dumont : E. DERMINE et D. DUMONT (dir.), *Activation Policies for the Unemployed, the Right to Work and the Duty to Work*, Bruxelles, P.I.E.-Peter Lang, 2014.

<sup>11</sup> A titre d'exception, relevons un chapitre de l'ouvrage *Public Employment Services in European Law* de Mark Freedland, Paul Craig, Catherine Jaqueson et Nicola Kountouris, dans lequel est émise l'hypothèse que le développement de mesures actives du marché du travail s'accompagne, depuis les années 1990, d'éléments de coercition qui mettent à mal certains droits fondamentaux, dont le droit au travail librement choisi (« Active Labour Market Policies : Between 'Right to Work' and 'Workfare' », in *Public Employment Services and European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 195-231).

<sup>12</sup> Il s'agit de l'ensemble de mesures qui conditionnent l'octroi de prestations sociales à l'accomplissement de prestations de travail non-rémunérées dans le secteur public, dans le secteur associatif ou dans le secteur privé. Elles se développent essentiellement dans les systèmes d'assistance sociale ou d'assistance chômage. A propos de ces mesures, voy. *infra*, n°226.

<sup>13</sup> La question a été soulevée par Pascale Vielle dans un séminaire international sur les tendances dans les réformes du droit au travail en Europe (P. VIELLE, « La légitimité des mesures de droit social en temps de crise », in M.C. Escande Varniol, S. Laulom, E. Mazuyer et P. Vielle (dir.), *Quel droit social dans une Europe*

doctoral, nous avons observé un éveil progressif à la question au sein de la discipline juridique. Les toutes récentes recherches entreprises en la matière se concentrent toutefois sur la question plus étroite du renforcement du devoir de travailler dans les systèmes de sécurité sociale et ne proposent pas d'analyse systématique et globale des mesures d'activation sous l'angle du droit au travail<sup>14</sup>.

6. Afin que la mobilisation du droit au travail, comme principe analytique et évaluatif des politiques d'activation, soit fertile, il convient avant tout de clarifier son contenu et sa portée. Or, comme le relève Guy Mundlak, le droit au travail « seems to be the one of the rights that has received the least judicial attention worldwide »<sup>15</sup>. Peu d'auteurs ont consacré des réflexions sur la nature spécifique du droit au travail ou œuvré à l'explicitation de la relation qu'il entretient avec le devoir de travailler<sup>16</sup>. Quelques articles y ont été consacrés à la sortie des Trente Glorieuses<sup>17</sup>. Nous avons par ailleurs observé un certain gain d'intérêt pour la question depuis la crise de l'emploi de 2007<sup>18</sup>, probablement parce que celle-ci vient

---

*en crise ?*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 373. Plus tôt, Gijsbert Vonk avait argumenté dans un article très inspirant que les mesures de *workfare* étaient susceptibles de porter atteinte à l'interdiction du travail forcé (G. J. VONK, « Hunger as a Policy Instrument ? », in O. Hospes and B. van der Meulen (dir.), *Fed up with the Right to Food ? The Netherlands' Policies and Practises regarding the Human Right to Adequate Food*, Wageningen, Wageningen Academic Publishers, 2009, pp. 79-90).

<sup>14</sup> N. GUNDT, « EU Activation Policies and their Effects on the Fundamental Social Right to Work », *European Journal of Social Law*, Vol. 2, n°2, 2013, pp. 147-161 ; du même auteur, « The Right to Work. EU Activation Policies and National Unemployment Benefit Schemes », *European Labour Law Journal*, Vol. 5, n°3-4, pp. 349-365. Tout récemment, lors de la deuxième conférence du Labour Law Research Network (Amsterdam, 25-27 juin 2015), plusieurs chercheurs ont présenté des papiers sur le renforcement du devoir de travailler dans les systèmes de prestations de chômage ou d'assistance sociale et abordé, de manière plus ou moins détaillée, voire simplement évoqué, pour le dernier papier, la question de la conformité des réformes entreprises au regard du droit au travail librement choisi (Alexandre DE LE COURT, « Precarious Work and the Obligation of Unemployed to Accept 'Suitable' Employment », Adriana TOPO, « The Duty to Work in Consideration of Social Benefits : Human Dignity and Welfare Policies in the Economic Crisis », A. ELEVELD et A. PAZ-FUCHS, « Workfare Revisited ? », Papiers présentés lors de la deuxième conférence du Labour Law Research Network s'étant déroulée à Amsterdam les 25, 26 et 27 juin 2015). Le dernier papier pose plus particulièrement la question de la conformité des mesures de *workfare* au droit à des conditions de travail et de rémunération équitables (à ce sujet, voy. également : A. ELEVELD, « The Duty to Work Without a Wage : a Legal Comparison between Social Assistance Legislations in Germany, The Netherlands and the United Kingdom », *European Journal of Social Security*, Vol. 16, 2014, pp. 204-224).

<sup>15</sup> G. MUNDLAK, « The Right to Work – The Value of Work », in D. Barak-Erez et A. Gross (dir.), *Exploring Social Rights : Between Theory and Practice*, Oxford, Hart Publishing, 2007, p. 341.

<sup>16</sup> En ce sens, voy. not. : R. L. SIEGEL, *Employment and Human Rights : the International Dimension*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1994, p. 20 : « There has been too little clarification regarding the relationship of the right to employment to such issues as (...) training, forced labour, and the duty to work ».

<sup>17</sup> J. W. NICKEL, « Is There a Human Right to Employment ? », *Philosophical Forum*, Vol. 10, 1978-1979, pp. 149-170 ; B. HEPPEL, « A Right to Work ? », *Industrial Law Journal*, Vol. 10, n°65, 1981, pp. 65-83 ; M. RUSTIN, « A Statutory Right to Work », *New Left Review*, n°137, 1983, pp. 48-67 ; J. ELSTER, « Is There (or Should There Be) a Right to Work ? », in A. Gutmann, *Democracy and the Welfare State*, Princeton, Princeton University Press, 1988, pp. 53-78 ; R. ARNESON, « Is Work Special ? Justice and the Distribution of Employment », *The American Political Science Review*, Vol. 84, n°4, Décembre 1990, pp. 1127-1147.

<sup>18</sup> Deux ouvrages collectifs ont ainsi été publiés en 2014 et 2015, dont les contributions oeuvrent à la clarification de la nature du droit au travail et de sa relation avec le devoir de travailler : D. DUMONT et E. DERMINE (dir.), *Activation Policies for the Unemployed, the Right to Work and the Duty to Work*, op. cit. et V. MANTOUVALOU (dir.), *The Right to Work, Legal and Philosophical Perspectives*, Oxford, Hart Publishing, 2015 ; voy. également : D. ASHIAGBOR, « Article 15 Freedom to Choose an Occupation and Right to Engage in Work, and Article 29, Right of Access to Placement Services », in S. Peers, T. Hervey and J. Kenner, (dir.), *Commentary on the EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 423-435. Nous relevons également quelques articles précurseurs dans les années 2000 : D. ASHIAGBOR, « The Right to

exacerber la tension intrinsèque du droit au travail entre sa dimension de possibilité et sa dimension de liberté. En vue de procéder à une confrontation de l'activation des personnes sans emploi au droit au travail, la recherche entreprend de préciser les contours du droit au travail, à travers une mise en perspective historique de l'émergence dudit droit et l'élucidation des tensions qui le traversent.

## **b. Le droit au travail dans le droit international des droits humains face aux politiques nationales d'activation des personnes sans emploi**

7. Avec l'apparition du chômage de masse et de longue durée à la fin des années 1970, le modèle de l'Etat-providence est mis sous pression dans les pays industrialisés. Les systèmes d'indemnisation du chômage subissent plus particulièrement une crise de soutien social, accusés de maintenir les chômeurs en-dehors de l'emploi<sup>19</sup>. Le modèle de l'Etat-providence avait quasiment permis de réduire le chômage à sa composante frictionnelle durant les Trente Glorieuses grâce à une croissance économique forte soutenue par des politiques keynésiennes d'investissement et l'accès des classes moyennes à la consommation de masse ; il garantissait par ailleurs une sécurité économique aux travailleurs momentanément privés d'emploi à travers les systèmes d'indemnisation du chômage. Le modèle s'est grippé face aux transformations du contexte économique et social et un chômage de masse et de longue durée s'est installé. Parmi les facteurs disruptifs, on cite généralement la globalisation des économies, la transition d'une économie industrielle vers une économie de services, l'entrée des femmes sur le marché du travail ou encore le vieillissement démographique<sup>20</sup>.

Dans le contexte de la crise de l'Etat-providence, le recours aux droits sociaux se meut, pour l'essentiel, dans une logique défensive des acquis du modèle social. A travers le principe de non-régression, le droit à la sécurité sociale agit comme un rempart contre le démantèlement des systèmes de prestations sociales. Dans le cadre de la présente recherche, nous souhaitons nous détacher de cette approche défensive des droits sociaux et mobiliser ces derniers comme un outil de recomposition des politiques sociales<sup>21</sup>, dans un environnement modifié, où de nouveaux arrangements institutionnels peinent à émerger. A cette fin, nous privilégions,

---

Work », in G. de Burca, B. de Witte (dir.), *Social Rights in Europe...*, op. cit., pp. 241-259 ; G. MUNDLAK, « The Right to Work : Linking Human Rights and Employment Policy », *International Labour Review*, Vol. 146, n°3-4, 2007, pp. 189-215 ; du même auteur, « The Right to Work – The Value of Work », in D. BARAK-EREZ et A. GROSS (dir.), *Exploring Social Rights : Between Theory and Practice*, Oxford, Hart Publishing, 2007, pp. 341-366.

<sup>19</sup> P. ROSANVALLON, *La crise de l'Etat-providence*, Paris, Editions du Seuil, 1984 (originellement publié en 1981).

<sup>20</sup> Sur les transformations du contexte économique et international et la crise d'efficacité rencontrée par l'Etat-providence, voy. *infra*, n°174-188.

<sup>21</sup> Dans le champ de la recherche comparée des politiques sociales, on parle de la « recomposition des politiques sociales » pour viser les tentatives d'ajustement du modèle de l'Etat-providence au nouveau contexte social et économique et menées au sein des Etats industrialisés en vue de répondre aux nouveaux défis. Les valeurs sous-jacentes à l'Etat-providence demeurent identiques mais les moyens mis en œuvre pour les atteindre sont actualisés. Dans cet ordre d'idées, il est également fait appel, dans le monde anglophone, à la notion de *restructuration*.

parmi les droits sociaux, le droit au travail, qui constitue, nous l'avons vu, un droit large et ouvert et permet de saisir, de manière globale, l'enjeu de la lutte contre le chômage ; il apparaît en outre moins étroitement lié au modèle social d'après-guerre que ne l'est le droit à la sécurité sociale. Il s'agit de redéfinir progressivement les exigences concrètes qui découlent du droit au travail afin de le rendre plus effectif dans le nouveau contexte social et économique. Dès 1995, dans *La nouvelle question sociale*, Pierre Rosanvallon indiquait en ce sens que la crise philosophique de l'Etat-providence forçait « à reprendre à la racine la question des droits », « à reconsidérer les expressions usuelles du contrat social, à reformuler la question du juste et de l'équitable (et à) à réinventer les formes de la solidarité »<sup>22</sup>. En 2014, Olivier De Schutter a quant à lui plaidé pour le remplacement d'une approche dite « conservatrice » des droits humains par une approche « transformatrice », c'est-à-dire « one that accepts the constraints that states face and acknowledges the need for reform, but broadens the political imagination of governments in order to ensure that their responses to the predicament they are facing will be guided by human rights »<sup>23</sup>.

8. Des auteurs ont mis en évidence que l'approche conservatrice des droits humains soulève des questions en termes de légitimité démocratique. Comme le relève Olivier De Schutter, cette approche repose sur le postulat que le modèle social mis en place est la seule option politique vers le progrès social. La posture défensive lie les gouvernements aux choix politiques passés, même si, au regard des évolutions du contexte économique et social, le modèle mis en place aboutit à offrir plus de protection, à travers les droits sociaux, à une partie de la population (les « *insiders* » qui ont un emploi ou ont suffisamment travaillé pour ouvrir le droit aux prestations de chômage contributives) au détriment des nouvelles catégories de chômeurs qui regroupent une population de plus en plus large (les « *outsiders* », qui comptent les personnes qui n'ont jamais travaillé ou n'ouvrent le droit qu'aux prestations sociales non-contributives soit parce qu'elles n'ont pas pu accumuler suffisamment de journées de travail, soit parce qu'elles ont déjà épuisé leur droit aux prestations d'assurance chômage)<sup>24</sup>.

L'approche transformatrice des droits humains soulève également des préoccupations de légitimité démocratique importantes, puisqu'elle suppose que les droits participent à la reconfiguration des politiques sociales<sup>25</sup>. Elle porte le risque d'une instrumentalisation politique des droits humains, c'est-à-dire que les droits soient mobilisés afin d'imposer une conception politique particulière du social et du juste au-delà de toute délibération

---

<sup>22</sup> P. ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale. Repenser l'Etat-providence*, Paris, Seuil, 1995, pp. 11-12.

<sup>23</sup> O. DE SCHUTTER, « Activation Policies for the Unemployed: Re-defining a Human Rights Response », in E. Dermine et D. Dumont (dir.), *Activation Policies for the Unemployed...*, op. cit. pp. 260-261. Voy. également, du même auteur : « Welfare State Reform and Social Rights », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 33, n°2, 2015, p. 151.

<sup>24</sup> A. HEMERIJCK, *Changing Welfare States*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 24 ; O. DE SCHUTTER, « Activation Policies for the Unemployed: Redefining a Human Rights Response », in E. Dermine et D. Dumont, *Activation Policies for the Unemployed...*, op. cit., pp. 263-264.

<sup>25</sup> On peut même supposer que les organes internationaux chargés de veiller à l'application des droits sociaux sont tentés de se cantonner dans une posture défensive afin d'éviter des critiques d'usurpation de la souveraineté nationale. Nous avons toutefois montré que le maintien du *statu quo* dans un contexte où l'adhésion démocratique au modèle social en place fait défaut, soulève également des préoccupations de légitimité démocratique.

démocratique. Nous avons eu l'attention attirée sur les dangers d'errements militants d'a d'approches en apparence positivistes des droits humains, à travers la lecture de l'ouvrage de Fernand Tanghe intitulé « Le droit au travail entre histoire et utopie. 1789-1848-1989 ». Dans ce livre, il met en évidence les postulats idéologiques et les dissensions politiques fortes qui ont traversé la construction historique du droit au travail, à travers l'analyse des débats parlementaires sur la question du droit au travail dans le cadre de la révolution de 1848 en France<sup>26</sup>.

La recherche entend éviter cet écueil. Dans un premier élan, nous nous sommes tournés vers le droit international des droits humains en vue de dégager, dans une perspective positiviste, des critères qui permettent de faire la distinction entre les « bonnes » et les « mauvaises » politiques d'activation des personnes sans emploi. Il faut toutefois éviter de recourir à l'argument des droits humains afin d'imposer une conception politique particulière des politiques d'activation qui soit ainsi soustraite de tout débat démocratique quant à sa légitimité et son efficacité. La recherche souhaite au contraire développer une approche transformatrice des droits humains qui, dans un mouvement de reconnexion du droit et du politique, vivifie le débat démocratique sur la meilleure manière de réaliser les droits sociaux. En ce sens, Pierre Rosanvallon considérerait, dans la Nouvelle question sociale, que c'est « du sein d'une théorie élargie de la démocratie que les droits sociaux peuvent être repensés et les droits politiques approfondis, en même temps »<sup>27</sup>.

**9.** De nombreuses recherches philosophiques et théoriques ont été menées sur le statut et les justifications des droits humains et, partant, sur leur articulation avec le politique<sup>28</sup>. Le rôle et les limites de la fonction jurisprudentielle dans la spécification du droit des droits humains est par ailleurs une thématique classique de recherche, et ce essentiellement dans des contextes nationaux, à travers les théories de la démocratie constitutionnelle et les théories de la fonction de juger<sup>29</sup>. La présente recherche entend lier les deux questions et définir les contours d'une pratique jurisprudentielle du droit international des droits humains qui concrétise une articulation entre les droits et les politiques sociales nationales qui soit conforme à leur statut.

## 2. La question de recherche

**10.** Au regard des deux interrogations décrites dans le point précédent, il apparaît que la recherche est animée par la question générale suivante : peut-on fonder le développement des politiques d'activation des personnes sans emploi sur le droit au travail ? A quoi aboutit une telle refondation ? Poser cette question, c'est en effet non seulement interroger les politiques

---

<sup>26</sup> F. TANGHE, *Le droit au travail entre histoire et utopie. 1789-1848-1989 : de la répression de la mendicité à l'allocation universelle*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1989. L'auteur remercie Pierre-Paul Van Gehuchten de lui avoir recommandé la lecture de cet ouvrage, lequel a profondément inspiré et orienté l'élaboration et la réalisation du projet doctoral.

<sup>27</sup> P. ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale*, op. cit., p. 63.

<sup>28</sup> A ce sujet, voy. *infra*, n°256-264.

<sup>29</sup> A ce sujet, voy. *infra*, n°293-301.

d'activation, leurs fondements et leurs effets mais c'est également questionner le pouvoir d'action du droit au travail dans la recomposition des politiques sociales.

**11.** Afin de nous guider dans l'exploration de ces questions générales, une question de recherche spécifique et aux contours strictement définis a été élaborée :

*Comment la jurisprudence internationale relative au droit au travail encadre-t-elle le développement des politiques nationales d'activation des personnes sans emploi ? Cette action est-elle légitime et efficace ?*

En vue de préciser l'objet et la portée de la question, les notions centrales qui la ponctuent sont définies, soit les notions de « jurisprudence internationale relative au droit au travail » (a.), de « politiques d'activation des personnes sans emploi » (b.) ainsi que les concepts de « légitimité » et d' « efficacité » (c.).

## **a. La jurisprudence internationale relative au droit au travail**

**12.** Sous le concept de « jurisprudence internationale relative au droit au travail », nous visons l'ensemble des actes par lesquels les organes de contrôle de l'application des textes internationaux consacrant le droit au travail déterminent les exigences qui découlent du droit au travail (norme abstraite) face à un cas concret (un cas individuel, une norme ou l'état général de la législation et de son application).

De manière générale, on peut distinguer trois types d'actes par lesquels les organes internationaux spécifient les normes abstraites élaborées par les Etats :

- premièrement, les documents adressés individuellement aux Etats suite aux rapports remis régulièrement par ces derniers sur la manière dont ils appliquent les droits à travers leur législation et leur pratique (mécanisme de contrôle régulier),
- deuxièmement, les documents dans lesquels les organes internationaux se prononcent sur l'allégation de la violation d'un droit par un Etat à la demande d'un individu qui s'en estime victime ou, selon les procédures, à la demande d'une organisation de travailleurs ou d'employeurs, voire d'une organisation non-gouvernementale (procédures particulières de contrôle),
- et, troisièmement, les documents dans lesquels les organes de contrôle précisent, de manière générale, le contenu d'un droit, souvent sur base de l'expérience acquise à travers les mécanismes de contrôle régulier et particulier.

**13.** Après avoir défini la notion de jurisprudence internationale relative au droit au travail, il convient de préciser les différents corps de jurisprudence qui sont concrètement examinés dans le cadre de l'étude. Il s'agit de la jurisprudence du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CDESC) relative à l'article 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (adopté en 1966) (PIDESC) (droit au travail), de la

jurisprudence du Comité européen des droits sociaux (CEDS) relative à l'article 1<sup>er</sup> de la Charte sociale européenne (adoptée en 1961, révisée en 1996) (CSE) (droit du travailleur de gagner sa vie par un travail librement entrepris) et de la jurisprudence des organes de l'Organisation internationale du travail (OIT) relative à l'application de la Convention n°29 sur le travail forcé (adoptée en 1930)<sup>30</sup>. A toutes fins utiles, nous reprenons dans l'encadré ci-dessous, une brève description de la composition des organes de contrôle de l'application de ces différents instruments juridiques ainsi que des divers actes à travers lesquels ils précisent le contenu des droits humains.

On précisera que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative à l'article 15 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (adoptée en 2002), lequel consacre la liberté professionnelle et le droit de travailler<sup>31</sup>, n'entre pas dans notre champ d'analyse<sup>32</sup>. En vertu de l'article 51 de la Charte, cet instrument « s'applique aux Etats membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union »<sup>33</sup>. Or, lorsque les Etats adoptent des réformes visant à activer les personnes sans emploi des politiques d'activation (cf. la définition *infra*, n°15), on voit mal dans quels cas de figure ils pourraient agir dans le champ d'application du droit de l'Union. Par acquis de conscience, nous avons parcouru les quelques affaires dans lesquelles l'article 15 a été évoqué devant la Cour. Aucune de ces affaires ne portait sur l'adoption ou la mise en œuvre de politiques d'activation des personnes sans emploi.

**Encadré 1 - La jurisprudence internationale relative au droit au travail - brève description de la composition des organes de contrôle et des actes qu'ils adoptent**

Composé de dix-huit experts indépendants et impartiaux élus par les Etats parties pour une durée de quatre ans, le **Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CDESC)** est l'organe chargé de surveiller l'application du PIDESC<sup>34</sup>. Sur base des rapports nationaux remis tous les quatre ou cinq ans et des éventuels rapports alternatifs soumis par des organisations non-gouvernementales, le Comité rédige des **observations finales**, dans lesquelles il identifie les « aspects positifs » et les « principaux sujet de préoccupations » au regard des dispositions du Pacte international. L'énonciation de chaque

<sup>30</sup> Sur les considérations qui ont présidé au choix d'inclure ce troisième corps de jurisprudence à l'analyse, voy. *infra*, n°445.

<sup>31</sup> Sur cette disposition, voy. D. ASHIAGBOR, « Article 15 Freedom to Choose an Occupation and Right to Engage in Work... », *op. cit.*, pp. 423-435 ; du même auteur, « The Right to Work », *op. cit.*, pp. 241-259.

<sup>32</sup> Dans la partie de la thèse dédiée à l'analyse de la formulation du droit au travail dans les pactes internationaux, nous ferons toutefois brièvement allusion au texte de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, essentiellement pour marquer la différence d'approche par rapport aux pactes internationaux qui avaient été adoptés dans le contexte d'après-guerre (voy. n°X).

<sup>33</sup> Sur le champ d'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, voy. A. WARD, « Article 51 – Field of Application », in S. Peers, T. Hervey et J. Kenner (dir.), *Commentary on the European Charter of Fundamental Rights*, *op. cit.*, pp. 1413-1454 ; A. BAILLEUX, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et son application 'sectorielle' », in S. Vandrooghenbroeck (dir.), *Le droit international et européen devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 38-48 ; O. DE SCHUTTER, « La garantie des droits et principes sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in J.-Y. Carlier et O. de Schutter, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne - Sa contribution à la protection des droits de l'homme en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 117-148.

<sup>34</sup> Il a été créé par la Résolution 1985/17 adoptée par le Conseil économique et social. Auparavant, l'organe de contrôle du PIDESC était intergouvernemental.



sujet de préoccupation est suivie de la formulation de « recommandations ». Le Comité adopte par ailleurs des **observations générales** à propos des droits énoncés dans le Pacte, dans lesquelles il précise leur contenu. Ces observations générales visent à assurer la diffusion auprès des Etats des expériences acquises dans le cadre de la procédure de rapports, en vue de les assister et de les encourager dans la mise en œuvre progressive des droits<sup>35</sup>. Enfin, depuis 2013, le Comité **se prononce sur les communications individuelles** introduites à l'encontre d'Etats qui ont ratifié le Protocole additionnel au PIDESC de 2008<sup>36</sup>. Ce protocole a introduit un mécanisme de plaintes individuelles similaire à celui existant au niveau du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) et est entré en vigueur en 2013. Dorénavant, les personnes qui s'estiment victimes d'une violation par un Etat d'un des droits consacrés dans le PIDESC peuvent adresser une communication au CDESC, à condition qu'elles aient épuisé les voies de recours internes. L'Etat mis en cause se voit transmettre la communication et a le droit d'y répondre par écrit. Suite à l'examen à huis-clos de la communication, le CDESC adopte une décision dans lequel il procède à des constatations assorties, le cas échéant, de recommandations. Les décisions sont publiées. Le Protocole assortit la procédure d'un mécanisme de suivi : les Etats doivent informer le CDESC dans les six mois de la décision des mesures correctrices mises en œuvre<sup>37</sup>. Vingt des 161 Etats parties au PIDESC ont actuellement ratifié le Protocole additionnel et accepté la procédure de communications individuelles<sup>38</sup>.

**Le Comité européen des droits sociaux (CEDS)** est quant à lui composé de quinze experts indépendants et impartiaux, élus par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe pour un mandat de six ans, renouvelable une fois. Il est l'organe chargé d'appliquer et d'interpréter la Charte sociale européenne de 1961 et la Charte sociale révisée de 1996<sup>39</sup> (CSE). Dans le cadre du mécanisme de contrôle régulier, les dispositions de la Charte ont été regroupées autour de quatre thématiques et les Etats doivent remettre tous les ans un rapport sur l'application d'un des quatre groupes de dispositions. Suite à l'examen des rapports, le CEDS adopte des **conclusions** qui sont publiées. A la différence du CDESC, le CEDS ne se limite pas à soulever des préoccupations, il se prononce, d'un point de vue juridique, sur la conformité ou non des situations nationales, en droit et en pratique, au regard des obligations découlant de la Charte. A partir des conclusions de non-conformité, le Comité gouvernemental sélectionne « sur la base de considérations de politique sociale et économique » les situations pour lesquelles il invite le Comité des Ministres à émettre une recommandation à l'égard de l'Etat, l'invitant à corriger la situation nationale. Dans l'introduction générale précédant ses conclusions annuelles, le CEDS adopte des **observations interprétatives**, dans lesquelles il clarifie le contenu et la portée des obligations qui découlent d'un droit, généralement sur base de l'expérience acquise et des difficultés observées dans le droit et la pratique des Etats dans la cadre de la procédure

<sup>35</sup> C.D.E.S.C., Rapport sur la 44<sup>ème</sup> et la 45<sup>ème</sup> session, E/2011/22 – E/C.12/2010/3, §§57-58.

<sup>36</sup> Sur la procédure de communications individuelles, voy. : O. DE SCHUTTER, « Le Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », *Revue belge de droit international*, Vol. 39, n°1, 2006, pp. 1-57 ; C. MAHON, « Progress at the Front : the Draft Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », *Human Rights Law Review*, Vol. 8, 2008, p. 617 et s. ; A. VANDENBOGAERDE et W. VANDENHOLE, « The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights : an Ex-Ante Assessment of its Effectiveness in light of the Drafting process », *Human Rights Law Review*, Vol. 10, n°2, 2010, pp. 207-237.

<sup>37</sup> Sur le CDESC et les différents mécanismes à travers lesquels il veille au respect et à la mise en oeuvre du PIDESC, voy. : O. DE SCHUTTER, *International Human Rights Law*, Second Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 871-908.

<sup>38</sup> A jour au mois de septembre 2015.

<sup>39</sup> La Charte sociale révisée inclut dans son texte les droits qui figuraient dans le Protocole additionnel à la Charte sociale européenne adopté en 1988, elle modernise certaines dispositions de la Charte de 1961 et elle comprend huit nouveaux droits. Sur quarante-trois Etats parties à l'une des deux Chartes, trente-trois ont ratifié la Charte révisée (à jour au mois de septembre 2015).



de rapports. Enfin, le CEDS adopte, depuis 1998<sup>40</sup>, **des décisions dans le cadre de la procédure de réclamations collectives**<sup>41</sup>, largement calquée sur le mécanisme de réclamations existant au niveau de l'OIT (cf. ci-dessous). La réclamation est de nature collective à un double titre : premièrement, elle est introduite par des organisations d'employeurs ou de travailleurs ou par des organisations non-gouvernementales et non par des individus ; deuxièmement, l'objet de la réclamation ne porte pas sur une situation individuelle mais sur une question générale de conformité du droit ou de la pratique d'un Etat au regard d'une disposition de la Charte. Au terme d'une procédure contradictoire généralement écrite, mais au cours de laquelle il peut être procédé à une audition des parties, le Comité, après avoir pris une première décision sur la recevabilité de la réclamation, adopte une décision sur son bien-fondé. Sans pouvoir remettre en cause l'appréciation juridique du Comité, le Comité des Ministres adopte une résolution à la majorité des deux tiers et, en cas de constat de violation du droit de la Charte par le CEDS, peut adopter, suivant le même *quorum*, une recommandation à l'égard de l'Etat partie, et ce sur base de considérations de politique sociale et économique. Dans l'immense majorité des cas, l'organe intergouvernemental a en pratique suivi la décision de l'organe indépendant. Les décisions du CEDS ont donc « de fait, valeur de décision finale du litige », et, en toute hypothèse « valeur d'appréciation juridique finale du litige »<sup>42</sup>. Un mécanisme de suivi des recommandations adoptées par le Comité des Ministres (dans le cadre du mécanisme de rapports ou de la procédure de réclamations collectives) est mis en place à travers la procédure de rapports : l'Etat visé par la recommandation doit fournir dans le rapport suivant des informations sur les mesures adoptées pour donner effet à la recommandation<sup>43</sup>. Quinze des quarante-sept Etats parties à la Charte ont actuellement accepté la procédure de réclamations collectives<sup>44</sup>.

Enfin, au niveau de l'OIT, différents organes interviennent dans la mise en application des conventions. En ce qui concerne le système de contrôle régulier, **la Commission d'experts pour l'application des conventions et des recommandations (CEACR)**, composée de juristes nommés par le Conseil d'administration pour une période de trois ans renouvelable, est chargée d'examiner les rapports des Etats sur l'application des conventions ratifiées. Ces rapports doivent être remis tous les deux ans pour les Conventions fondamentales – parmi lesquelles figure la Convention n°29 sur le travail forcé – et les conventions significatives sur le plan de la gouvernance, et tous les cinq ans pour les autres conventions. Les organisations de travailleurs et d'employeurs reçoivent communication de ces rapports et peuvent transmettre des commentaires à leur propos à la Commission. Cette dernière est chargée de livrer une évaluation impartiale et technique de l'application par les Etats des normes internationales du travail. Elle émet des **observations individuelles et des demandes directes** à l'égard des Etats et publie un rapport annuel. Le rapport est transmis à la Commission de l'application des normes de la Conférence, un organe tripartite de la Conférence internationale du travail (CIT). Cet

<sup>40</sup> Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, adopté à Strasbourg le 9 novembre 1995 par les Etats membres du Conseil de l'Europe et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1998.

<sup>41</sup> Sur le mécanisme de réclamations collectives, voy. M. JAEGER, « The Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints », *Leiden Journal of International Law*, Vol. 10, n°69, 1997, pp. 69-80 ; R. CHURCHILL et U. KHALIQ, « The Collective Complaints System of the European Social Charter : an Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights ? », *European Journal of International Law*, Vol. 15, n°417, 2004, pp. 417-456.

<sup>42</sup> C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux. Etude de droit conventionnel européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 14-15.

<sup>43</sup> Sur le CEDS et les différents mécanismes à travers lesquels il veille au respect et à la mise en œuvre de la Charte, voy. les ouvrages généraux suivants : M. MIKKOLA, *Social Human Rights of Europe*, Porvoo, Bookwell, 2010, pp. 110-119 ; A. M. SWIATKOWSKI, *Charter of Social Rights of the Council of Europe*, The Hague, Kluwer, 2007, pp. 375-400.

<sup>44</sup> A jour au mois de septembre 2015.

organe attire l'attention de la Conférence dans son rapport général sur les cas les plus sérieux de difficulté rencontrés avec les Etats en ce qui concerne l'application des normes internationales ratifiées. Dans le rapport annuel de la CEACR, figure également une **étude d'ensemble** de la législation et des pratiques nationales des Etats membres de l'OIT sur un thème choisi par le Conseil d'administration, peu importe que les Etats aient ou non ratifié les conventions et recommandations couvertes par la thématique. Les Etats membres doivent en effet également faire rapport sur les instruments qu'ils n'ont pas ratifiés. Dans ses études d'ensemble, la CEACR évalue l'impact des instruments de l'OIT dans un domaine particulier, analyse les difficultés rencontrées par les Etats dans l'application des conventions et identifie les moyens de rencontrer ces difficultés. Ce faisant, la CEACR précise le contenu et la portée des obligations qui découlent des conventions et veille à leur application dynamique. Dans le cadre de la procédure spécifique de réclamations prévue aux articles 24 et 25 de la Constitution de l'OIT, **un comité tripartite composé de trois membres du Conseil d'administration** peut être mis en place en vue d'examiner la réclamation introduite par une organisation professionnelle d'employeurs ou de travailleurs à l'encontre d'un Etat partie ainsi que la réponse du gouvernement. Le comité est chargé de soumettre un **rapport sur la réclamation, assorti de recommandations**, au Conseil d'administration, qui a, quant lui, le droit de publier la réclamation ainsi que le rapport si la réponse donnée par le gouvernement à la suite du rapport ne lui semble pas satisfaisante<sup>45</sup>.

**14.** Certains estimeront que l'usage du terme « jurisprudence » est impropre parce que, dans leur définition, la jurisprudence ne peut concerner que des actes émanant d'une *juridiction*<sup>46</sup>. La doctrine identifie généralement trois critères de définition de la notion de juridiction : un critère fonctionnel (l'organe doit trancher, par des décisions obligatoires, des différends au regard du droit), un critère organique (l'organe doit être indépendant et impartial) et un critère formel (la décision doit être prise au terme d'une procédure qui répond à certaines exigences telles que la publicité des débats, le contradictoire et les droits de la défense). Le critère fonctionnel est généralement considéré comme le critère prépondérant dans la définition de la notion de juridiction, que ce soit dans un contexte national ou international. Or, les organes de contrôle de l'application des textes internationaux consacrant le droit au travail ne remplissent manifestement pas le critère fonctionnel de définition de la notion de juridiction<sup>47</sup>. En effet, s'ils procèdent éventuellement à des constats de violation du droit international, leurs décisions ne sont pas obligatoires ; elles sont dépourvues d'autorité de chose jugée<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> Sur les organes de l'OIT et les mécanismes à travers lesquels ils veillent à la mise en œuvre des normes de l'OIT, voy. L. PICARD, « Le contrôle de la mise en œuvre des instruments adoptés par l'Organisation internationale du travail », in J.-M. Thouvenin et A. Trebilcock, *Le droit international social. Droits économiques, sociaux et culturels*, Tome 1, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 702-756 ; J.-P. LAVIEC, « La protection des droits économiques et sociaux par l'Organisation internationale du travail », *Revue universelle des droits de l'homme*, 1991, pp. 61-69 ; M. ROOD, « New Developments within the ILO Supervisory System », in R. Blanpain (dir.), *Labour Law, Human Rights and Social Justice*, Liber Amicorum in Honour of Ruth Ben-Israel, The Hague, Kluwer, 2001, pp. 87-94.

<sup>46</sup> A titre exemplatif, voy. E. JOUANNET, « La notion de jurisprudence internationale », in Société française pour le droit international (éd.), *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2003, p. 351.

<sup>47</sup> A ce sujet, voy. not. : H. ASCENSIO, « La notion de juridiction internationale en question », in Société française pour le droit international (éd.), *La juridictionnalisation du droit international*, op. cit., p. 169.

<sup>48</sup> On relèvera qu'au-delà de l'attribution de la qualification de juridiction, la question de la force obligatoire des décisions revêt, en pratique, moins d'importance en droit international qu'en droit national, dès lors que

La notion de jurisprudence internationale est toutefois un concept qui reçoit de multiples définitions. A titre exemplatif, le dictionnaire de droit international public dirigé par Jean Salmon ne retient pas moins de quatre définitions de la notion de jurisprudence, dont la quatrième ne lie pas la notion de jurisprudence à la qualification de juridiction : (A) « l'ensemble des solutions apportées par les juridictions internationales dans l'application du droit », (B) « la position qui se dégage sur un point de droit donné des décisions rendues par une juridiction. Ensemble de décisions concordantes », (C) « l'ensemble des décisions rendues par une juridiction déterminée et réunie dans une collection, (D) « la position habituellement prise par un organe non juridictionnel dans sa façon de traiter un problème »<sup>49</sup>.

Dans le cadre de la présente recherche, nous envisageons la notion de jurisprudence, dans une perspective élargie, comme une *source de droit*. La fonction jurisprudentielle se définit alors, par une identification des critères qui la distinguent de la fonction normative originaire des Etats. Elle consiste en l'application des normes abstraites et générales élaborées par les Etats à des cas concrets. Ce faisant, elle spécifie et précise le droit international. Dans cette seconde acception, on peut considérer que les organes de contrôle de l'application des pactes internationaux relatifs aux droits humains exercent une fonction jurisprudentielle. A travers les procédures contentieuses et les mécanismes de supervision des rapports étatiques, ces organes ont pour mission de veiller à l'application du droit international par les Etats ; ils prennent des décisions<sup>50</sup> sur l'application du droit et, ce faisant, ils précisent le contenu et la portée du droit et des obligations qu'il contient. Si les constatations et les conclusions des organes de contrôle sont dépourvues d'autorité de chose jugée, il est par contre admis qu'elles lient les Etats dans la mesure où elles constituent les interprétations autorisées des textes internationaux (autorité de « chose interprétée »)<sup>51</sup>.

---

l'exécution forcée n'est pas possible en droit international (S. T. EBOBRAH, « International Human Rights Courts », in C. Romano, K. J. Alter et Y. Shany, *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 237). A des fins de précisions, on soulignera par ailleurs que suite à l'introduction de procédures contentieuses de contrôle des pactes relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels (les communications individuelles au niveau onusien et les réclamations au niveau du Conseil de l'Europe), le CDESC ainsi que le CEDS sont généralement qualifiés d'organes quasi-juridictionnels ou d'organes en voie de juridictionnalisation. Dans le cadre de ces procédures, les organes composés d'experts prennent une décision sur l'application du droit dans un cas concret, de manière indépendante et impartiale, et en suivant des procédures rigoureuses, qui appellent la participation des parties et comprennent des mécanismes de publicité. Ces procédures contentieuses se rapprochent très fortement des procédures juridictionnelles si ce n'est qu'elles ne sont pas juridiquement contraignantes (en ce sens, voy. not. : R. BRILLAT, « The Supervisory Machinery of ESC : Recent Developments and their Impact », in G. De Burca et B. DE WITTE, *Social Rights in Europe*, *op. cit.*, pp. 32-37; S. KARAGIANNIS, « La multiplication des juridictions internationales: un système anarchique? », in Société française pour le droit international (éd.), *La juridictionnalisation du droit international*, *op. cit.*, pp. 29-30, C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux...*, *op. cit.*, p. 10). Sur la notion d'organes quasi-juridictionnels, voy. S. T. EBOBRAH, « International Human Rights Courts », *op. cit.*, pp. 236-237.

<sup>49</sup> J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001.

<sup>50</sup> La notion de « décision » est entendue dans son acception usuelle, c'est-à-dire l'action d'effectuer un choix, après délibération, entre plusieurs solutions possibles.

<sup>51</sup> En ce sens, voy. S. T. EBOBRAH, « International Human Rights Courts », *op. cit.*, p. 237 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « IX-2. La prise en compte de la soft jurisprudence », in S. Vandrooghenbroeck (dir.), *Le droit international et européen devant le juge national*, *op. cit.*, pp. 330-336 ; voy. également la décision relative à une communication individuelle émanant du Comité des droits de l'homme chargé d'appliquer le Pacte international relatif aux droits civils et politiques : « bien que le Pacte ne fasse pas partie du droit interne de la Barbade, et ne puisse donc pas être appliqué directement par les tribunaux, l'Etat partie n'en a pas moins accepté

De nombreux auteurs parlent ainsi de « la jurisprudence du Comité européen relative à la Charte sociale européenne », lorsqu'ils examinent les décisions rendues par cet organe sur les réclamations collectives mais également lorsqu'ils se penchent sur les conclusions adoptées dans le cadre de la procédure de rapports<sup>52</sup>. Selon Carole Nivard, « dans la mesure où (ces actes) interprètent juridiquement les termes de la Charte, (ils) forment, avec eux, le droit de la Charte sociale européenne. L'ensemble stable et cohérent que cette interprétation a mis en place depuis des années a justifié l'emploi du terme « jurisprudence » du Comité, terme communément admis même si le Comité n'est pas une juridiction »<sup>53</sup>. A la différence de Carole Nivard, nous ne retenons pas le critère de la stabilité et de la cohérence comme un critère décisif de la qualification de jurisprudence<sup>54</sup>. Il s'agit tout au plus d'un critère sociologique qui, en pratique, favorise souvent la formation de droit jurisprudentiel. Il est toutefois possible qu'une décision unique sur l'application du droit « fasse jurisprudence », parce qu'elle aurait été particulièrement bien motivée ou bien reçue par les acteurs ou la communauté scientifique. On parle alors de « décision de principe ».

En ce qui concerne les actes de spécification du droit adoptés par le CDESC et les organes de l'OIT, le constat est identique : la doctrine évoque communément « la jurisprudence du Comité des droits économiques, sociaux et culturels relative au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels »<sup>55</sup> ou « la jurisprudence des organes de l'OIT »<sup>56</sup>.

---

l'obligation de donner effet à ses dispositions. Par conséquent, l'Etat partie est tenu d'adopter des mesures appropriées pour donner juridiquement effet aux constatations du Comité en ce qui concerne l'interprétation et l'application du Pacte dans des cas particuliers soumis au titre du Protocole facultatif » (C.D.H., *Bradshaw c. Barbade*, 10 août 1994, Communication n°489/1992 du 10 février 1992, CCPR/C/51/D/489/1992).

<sup>52</sup> A titre exemplatif, voy : ; S. EVJU, « The European Social Charter », in R. Blanpain (dir.), *The Council of Europe and the Social Challenges of the XXIst Century*, The Hague, Kluwer, 2001, p. 30 ; I. HACHEZ, « Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irrecevabilité relative », *Revue belge de droit constitutionnel*, 2007, Vol. 2, p. 78 ; P. STANGOS, « Les rapports entre la Charte sociale européenne et le droit de l'Union européenne - Le rôle singulier du Comité européen des droits sociaux et de sa jurisprudence », *Cahiers de droit européen*, 2013, Vol. 2, pp. 319-393 ; J.-F. NEVEN et P.-P. VAN GEHUCHTEN, « La loi 'statut unique' et les mesures d'accompagnement – Une vraie réforme du droit du congé, un pas vers la fin de la distinction des régimes 'ouvriers' v. 'employés' », *Journal des tribunaux*, 2015, Vol. 14, n°6600, p. 309 ; M. SCHMITT, « Droit social européen », *Journal de droit européen*, 2015, Vol. 5, n°19, p. 214 ; O. DE SCHUTTER, « L'adhésion de l'Union européenne à la charte sociale européenne », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2015, Vol. 102, p. 281.

<sup>53</sup> C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux...*, *op. cit.*, p. 35. Voy. également en ce sens : L. SAMUEL, *Droits sociaux fondamentaux, jurisprudence de la Charte sociale européenne*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 1997 (ainsi que dans la deuxième édition de 2002). D. Piveteau parle de « jurisprudence sans juridiction » (in *La Charte du XXIème siècle*, Actes du Colloque organisé à Strasbourg les 14-16 mai 1997, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 1997, p. 308) et Sébastien Van Drooghenbroeck de « soft jurisprudence » (« IX-2. La prise en compte de la soft jurisprudence », *op. cit.*, pp. 329-336).

<sup>54</sup> En ce sens également : E. JOUANNET, « La notion de jurisprudence internationale », *op. cit.*, pp. 371-378.

<sup>55</sup> Voy., à titre illustratif, O. DE SCHUTTER, « Le Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », *op. cit.*, p. 29 ; M. EL BERHOUMI, *Le régime juridique de la liberté d'enseignement à l'épreuve des politiques scolaires*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 490. On relèvera que la doctrine évoque encore plus fréquemment « la jurisprudence du Comité des droits de l'homme sur le Pacte relatif aux droits civils et politiques » (M. BOSSUYT, « Chronique de jurisprudence du Comité des droits de l'homme (1993-1997) », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1998, pp. 507-570 ; L. HENNEBEL, *La jurisprudence du Comité des droits de l'homme. Le pacte international relatif aux droits civils et politiques et son mécanisme de protection individuelle*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2007 ; F. SUDRE, « Article 2 », in *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le Protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 122). Dès lors que les deux organes de contrôle adoptent le même type d'actes (des observations générales, des observations finales et des communications individuelles), au terme de

## b. Les politiques d'activation des personnes sans emploi

**15.** La notion d'activation est un concept qui peut être appréhendé sous différents angles<sup>57</sup>. Dans le cadre de la recherche, nous envisageons l'activation comme une dynamique générale de réformes à l'œuvre dans les pays industrialisés occidentaux depuis le début des années 1990. Nous visons l'ensemble des réformes qui visent à favoriser les transitions des personnes sans emploi de la sécurité sociale vers le marché de l'emploi.

Par personnes sans emploi, nous entendons plus précisément les personnes qui sont au chômage alors qu'elles sont en âge de travailler, aptes au travail et disponibles sur le marché du travail (population active inoccupée). Ces personnes peuvent bénéficier de prestations d'assurance chômage, de prestations d'assistance chômage ou encore être à charge de l'assistance sociale.

Quand les juristes appréhendent la question de l'activation des personnes sans emploi, ils se penchent la plupart du temps sur les réformes mises en œuvre dans le champ de la sécurité sociale. L'augmentation des transitions des personnes bénéficiaires de prestations sociales vers l'emploi passe toutefois également par la mise en œuvre de réformes dans le champ de la politique fiscale et dans le champ de la politique active de l'emploi. Ces réformes font également partie du champ d'investigation de la présente étude.

**16.** La recherche se concentre sur les politiques d'activation mises en œuvre au sein des Etats. Elle ne porte pas sur la dimension européenne de l'activation, réalisée à travers des initiatives de l'Union européenne telle que la méthode ouverte de coordination. Cette thématique a été amplement étudiée, dans ces différents aspects, dans la littérature récente<sup>58</sup>. Dans le cadre de la présente recherche, elle est tout au plus abordée à travers la question spécifique des

---

procédures largement similaires, le terme de jurisprudence doit pouvoir être utilisé de la même façon pour les deux organes.

<sup>56</sup> Voy., à titre illustratif : C. KAUFMANN, *Globalisation and Labour Rights. The Conflict between Core Labour Rights and International Economic Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, p. 53 ; S. CHARNOVITZ, « The ILO Convention on Freedom of Association and its Future in the United States », *American Journal of International Law*, Vol. 102, n°90, 2008, note de bas de page 52 ; M. CHOKO, « L'évolution du dialogue entre le Canada et l'OIT en matière de liberté d'association : vers une protection constitutionnelle du droit de grève ? », *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*, Vol. 56, n° 4, 2011, p. 1131 ; K. LÖRCHER, « The New Social Dimension in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights : the Deymir and Baykara Judgment, its Methodology and Follow-Up », in F. Dorssemont, K. Lörcher et I. Schömann, *The European Convention on Human Rights and the Employment Relationship*, pp. 3-46.

<sup>57</sup> Un état de la littérature relative à ce concept est dressé aux n°191-195.

<sup>58</sup> Voy., à ce sujet, J. ZEITLIN, P. POCHET et L. MAGNUSSON, *The Open Method of Coordination in Action : The European Employment and Social Inclusion Strategies*, PIE-Peter Lang, Bruxelles, 2004 ; O. DE SCHUTTER and S. DEAKIN (dir.), *Social Rights and Market Forces. Is the Open Coordination of Employment and Social Policies the Future of Social Europe?*, Bruxelles, Bruylant, 2005 ; D. M. TRUBEK et L. G. TRUBEK, « Hard and Softlaw in the Construction of Social Europe : the Role of the Open Method of Co-ordination », *European Law Journal*, Vol. 11, n°3, 2005, pp. 343-364 ; D. ASHIAGBOR, *The European Employment Strategy: Labour Market Regulation and New Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2005 ; D. DUMONT « Les traductions l'activation ». La douce européanisation des systèmes nationaux de protection sociale », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 63, 2009, pp. 1-94 ; S. BORELLI et P. VIELLE (dir.), *Quality of Employment in Europe. Legal and Normative Perspectives*, Bruxelles, P.I.E.-Peter Lang, 2012 ; E. BARCEVICIUS, T. WEISHAUP et J. ZEITLIN, *Assessing the Open Method of Coordination. Institutional Design and National Influence of EU Social Policy Coordination*, Palgrave Macmillan, 2014.

différentes variantes de l'activation et d'un éventuel mouvement de convergence des réformes nationales sous l'influence de l'Union européenne.

**17.** La notion d'activation des personnes sans emploi, ses racines historiques ainsi que les justifications mobilisées dans les discours politiques à l'appui des différents types de réformes font l'objet d'une étude approfondie aux n°172-237. Un tableau reprenant l'ensemble des mesures d'activation et en opérant une classification en fonction du champ politique dans lequel elles sont mises en œuvre figure sous le n°195.

### **c. La légitimité et l'efficacité de l'action de la jurisprudence internationale**

**18.** La recherche vise à évaluer la « légitimité » et l'« efficacité » de l'action de la jurisprudence internationale relative au droit au travail face au développement des politiques nationales d'activation des personnes sans emploi. Nous explicitons les enjeux de légitimité et d'efficacité que soulèvent l'action de jurisprudence internationale relative aux droits humains dans la redéfinition des politiques sociales, afin de clarifier l'objet et la portée de la question de recherche.

**19.** Les organes internationaux sont chargés de contrôler l'application des pactes internationaux par les Etats. Ils doivent veiller au respect et à la réalisation progressive des droits énoncés dans les pactes par les Etats. Nous avons vu que la mission d'application du droit confiée aux organes internationaux implique qu'ils déterminent les exigences qui découlent du texte abstrait élaboré par les Etats face à un cas concret. Ce faisant, ils spécifient le droit. Il est aujourd'hui admis que les phases d'élaboration et d'application du droit ne sont pas étanches. En spécifiant le droit, les organes internationaux participent à la création et à l'élaboration de la norme. Ces organes ne sont toutefois pas élus et, en aval, leur travail ne fait pas l'objet d'un contrôle démocratique. Leur action soulève dès lors des préoccupations de légitimité démocratique<sup>59</sup>. Elle risque d'entrer en conflit avec le principe de souveraineté nationale. Dans ce cadre, se pose la question des conditions dans lesquelles la jurisprudence internationale peut exercer sa mission d'application, et donc de spécification du droit, sans usurper la souveraineté des Etats.

**20.** La légitimité démocratique n'est pas le seul enjeu auquel est confrontée la jurisprudence internationale. Sinon, il lui suffirait d'adopter une approche déférente à l'égard des Etats et de valider l'ensemble des politiques qu'ils mènent au regard des droits humains. Une telle approche permettrait aux organes internationaux de se mettre à l'abri de toute critique portant sur leur légitimité démocratique. Cependant, les organes doivent composer avec un second enjeu, l'enjeu de l'efficacité de leur action : ils doivent veiller au respect des droits et à leur réalisation progressive. Dans le respect du principe de souveraineté démocratique, les organes internationaux doivent mobiliser leur pouvoir d'action, dans la plus large mesure possible, afin d'œuvrer à une meilleure effectivité des droits. Nous démontrerons par ailleurs au cours

---

<sup>59</sup> Un développement plus important est consacré à cette question aux n°293-301.

de la thèse qu'une action qui serait perçue comme illégitime par les Etats se révélera dans les faits inefficace parce que les Etats se détourneront des exigences concrètes découlant du droit identifiées par la jurisprudence internationale.

Dans le cadre de la recherche, la question de l'efficacité de l'action de la jurisprudence internationale correspond à la question empirique de l'effectivité des droits, c'est-à-dire de leur réalisation concrète au sein des Etats. Nous dissociions volontairement la question de l'efficacité de l'action de la jurisprudence internationale de la question, plus familière de la doctrine juridique, de la justiciabilité des droits, qui vise la mesure dans laquelle un droit est susceptible d'être contrôlé par un juge<sup>60</sup>. Sur un plan empirique, la justiciabilité dépend notamment du fait que la jurisprudence dégage des exigences claires et précises à partir d'une norme abstraite ; elle dépend aussi du cadre institutionnel dans lequel la fonction jurisprudentielle est exercée (la force obligatoire de la décision, l'existence d'un mécanisme de suivi ou encore la possibilité d'imposer une sanction). Cependant, ce n'est pas parce qu'un droit est plus justiciable qu'il est concrètement plus réalisé au sein des Etats et donc plus effectif<sup>61</sup>. Cette considération est d'autant plus importante au niveau international où il n'est possible de procéder à l'exécution forcée de la décision. Dans le cadre de la recherche, nous nous attachons aux réalisations sociales plutôt qu'aux dispositifs institutionnels. Nous nous rattachons dès lors plutôt à l'analyse socio-juridique suivant laquelle l'efficacité est assimilée à une question d'impact ou à une réduction concrète de l'écart entre la *law in action* et la *law in the books*<sup>62</sup>, soit à une meilleure effectivité des droits.

Il convient enfin de préciser que la recherche vise à évaluer l'efficacité de l'action des organes internationaux, dans leur mission d'application du droit, dans le cadre institutionnel et procédural qui leur est imparti. La recherche ne se penche pas sur la question des éventuelles modifications institutionnelles et procédurales qui pourraient être apportées aux systèmes de contrôle afin d'améliorer l'efficacité de l'action des organes internationaux et, en définitive, l'effectivité des droits<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> Sur la notion de justiciabilité, voy. C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux...*, op. cit., pp. 21-22 ; H. J. STEINER, P. ALSTON et R. GOODMAN, *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, Oxford, Oxford University Press, 2007 (troisième édition), p. 313.

<sup>61</sup> Sur cette distinction, voy. R. WIERUSZEWSKI, « Some contents concerning the concept of economic and social rights », in. K. Drzewicki, C. Krause et A. Rosas (dir.), *Social Rights as Human rights. A European Challenge*, 1994, p. 69 et C. Nivard, *La justiciabilité des droits sociaux...*, op. cit., pp. 21-22.

<sup>62</sup> K. YOUNG, *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 140 se référant à D. NELKEN, « The 'Gap Problem' in the Sociology of Law », *The Windsor Yearbook of Access to Justice*, 1981, p. 35. Sur la distinction entre la *law in action* et la *law in the books*, voy. l'article séminal de 1910 de Roscoe Pound (« Law in Books and Law in Action », *American Law Review*, Vol. 44, pp. 12-36).

<sup>63</sup> Pour ce type d'analyses et de propositions, voy. not. : P. ALSTON, « Assessing the Strengths and Weaknesses of the European Social Charter's Supervisory System », in G. de Burca, B. de Witte et L. Ogertschnig (dir.), *Social Rights in Europe...*, op. cit., pp 45-67 ; A. R. CHAPMAN, « A 'Violations Approach' for Monitoring the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », *Human Rights Quarterly*, Vol. 18, n°1, 1996, pp. 23-66.

### 3. La méthode de recherche

**21.** La recherche passe par une description juridique rigoureuse du droit au travail dans le droit international des droits humains et des politiques d'activation dans le droit de la sécurité sociale et, plus largement dans le droit des politiques de l'emploi<sup>64</sup>. Dans une perspective positiviste, elle répond à la question « *What is the law ?* ». La recherche ne s'inscrit toutefois pas uniquement dans une démarche compréhensive ; elle ambitionne par ailleurs de développer un regard explicatif ainsi qu'une perspective critique sur le droit.

D'une part, la recherche ne se limite pas à décrire les normes, les notions et les catégories du droit ; elle cherche à les expliquer, en mettant à jour les conceptions politiques et les conditions historiques qui préfigurent l'élaboration et l'application du droit, qu'il s'agisse du droit au travail dans le droit international des droits humains ou des réformes mises en œuvre en vue d'activer les personnes sans emplois dans différents champs du droit des Etats. D'autre part, la recherche souhaite proposer une analyse critique de l'action de la jurisprudence internationale relative au droit au travail face au phénomène de l'activation. L'évaluation envisagée n'est pas une évaluation juridique. Il ne s'agit pas de justifier ou de critiquer l'application du droit effectuée par la jurisprudence internationale à partir d'arguments et de raisonnements juridiques. La recherche entend développer une évaluation en légitimité et en efficacité de l'action de la jurisprudence internationale au regard de critères externes au droit. Dans cette double perspective, la recherche ne saurait se satisfaire de l'adoption d'un point de vue interne au droit et exige, sur le plan de la méthode, l'engagement dans une démarche interdisciplinaire.

**22.** En vue d'expliquer le droit, nous avons emprunté l'approche du *law in context*<sup>65</sup>. Ce mouvement s'est développé dans les années 1970. Il n'articule pas de nouvelle théorie philosophique ou sociologique du droit. Il cherche à élargir l'étude du droit de l'intérieur. L'approche contextuelle implique d'embrasser les objets juridiques de manière plus large, en ayant recours aux ressources des autres sciences sociales qui aident à comprendre le fondement ou le fonctionnement en pratique de l'objet étudié.

Cette approche s'adresse aux chercheurs en droit plutôt qu'aux chercheurs issus des autres disciplines. Elle n'implique pas de développements originaux dans les disciplines qui ne relèvent pas de la science du droit. C'est la rencontre de ces autres disciplines avec le droit qui

---

<sup>64</sup> Par politiques de l'emploi, nous visons « l'ensemble des interventions publiques sur le marché du travail, visant à en corriger les éventuels déséquilibres et/ou à limiter les effets néfastes de ce dernier » (C. ERHEL, *Les politiques de l'emploi*, Paris, PUF, 2009, p. 7 se référant à J.-C. BARBIER et J. GAUTIE (dir.), *Les politiques de l'emploi en Europe et aux Etats-Unis*, Paris, PUF, 1998).

<sup>65</sup> Sur cette approche, voy. not. : W. L. TWINING, *Law in Context : Enlarging a Discipline*, Oxford, Oxford University Press, 1997 ; D. NELKEN, « Introduction », in *Beyond Law in Context. Developing a Sociological Understanding of Law*, Farnham, Ashgate, 2009, pp. xii-xix ; R. BANAKAR, *Law through Sociology's Looking Glass : Conflict and Competition in Sociological Studies of Law*, in A. Denis et D. Kalekin-Fishman (dir.), *The New ISA Handbook in Contemporary International Sociology : Conflict, Competition, and Cooperation*, Londres, Sage, 2009, pp. 68-70.



doit permettre de produire de la connaissance nouvelle sur le droit. La recherche qui s'inscrit dans cette perspective pratique l'interdisciplinarité telle que définie par François Ost :

« (elle) opère à partir du champ théorique d'une des disciplines en présence qui développe des problématiques recoupant partiellement celles qu'élabore, de son côté, une autre discipline. Il s'agit dans ce cas d'une véritable articulation de savoirs, qui entraîne, par approches successives, comme dans un dialogue, des réorganisations partielles des champs théoriques en présence »<sup>66</sup>.

Deux objectifs distincts peuvent être poursuivis à travers l'adoption d'une approche *law in context*. Il peut s'agir d'expliquer le sens du droit, de déconstruire une institution juridique et de mettre en évidence les principes idéologiques, les conceptions politiques ou encore les théories économiques qui l'ont façonnées. En aval, l'emprunt aux autres sciences sociales peut également viser à comprendre l'impact du droit sur la réalité sociale. Dans ce cadre, l'approche du *law in context* cherche à mettre en évidence des écarts entre la *law in the books* et la *law in action*<sup>67</sup>. Une tradition particulière de contextualisation est observée dans la recherche en droit social<sup>68</sup> et en droit international<sup>69</sup>.

Les chercheurs qui empruntent cette approche partagent le présupposé qu'il existe une relation entre le droit et la société et qu'il est possible de l'appréhender. Cette approche va par ailleurs souvent de pair avec une préoccupation pragmatique pour la résolution de problèmes sociaux et le changement social ; elle s'intéresse à l'impact du droit sur la vie sociale et aux questions d'effectivité du droit<sup>70</sup>. Si l'approche s'intéresse aux interactions entre les institutions juridiques et les structures sociales, elle n'assimile pas pour autant le droit aux autres sphères sociales. Son appellation est d'ailleurs sans équivoque, elle étudie le droit dans le contexte ou dans la société. L'approche reconnaît donc une autonomie relative au droit<sup>71</sup> : il est considéré comme une sphère particulière avec des spécificités qui transcendent le contexte. Cette conception fait écho à l'intuition forte qui a présidé à l'élaboration du projet de recherche suivant laquelle les droits humains peuvent apporter quelque chose au débat démocratique sur la recomposition des politiques sociales.

**23.** L'approche du *law in context* ne propose toutefois pas de théorie sur l'autonomie relative du droit ou, plus particulièrement en ce qui nous concerne, sur le rôle et le pouvoir d'action des droits humains dans la recomposition des politiques sociales. La contextualisation permet

---

<sup>66</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002, p. 468.

<sup>67</sup> D. NELKEN, « Law in Action or Living Law ? Back to the Beginning in Sociology of Law », *Legal Studies*, Vol. 4, 1984, pp. 157-174.

<sup>68</sup> Voy. à titre exemplatif : O. KAHN-FREUND, *Labour and the Law*, Londres, Steven & Sons, 1972 ; R. Lafore, « La juridicisation des problèmes sociaux : la construction juridique de la protection sociale ? », *Informations sociales*, 2010, Vol. 1, n°157, pp. 18-27.

<sup>69</sup> Dans une contribution consacrée aux méthodes de recherche en droit international, A.-M. Slaughter et S. R. Ratner relèvent que la New Haven School s'inscrit par exemple dans cette approche (« The Method is the Message », *The American Journal of International Law*, Vol. 93, n°2, 1999, p. 417).

<sup>70</sup> Voy. not. : P. SELZNICK, « Jurisprudence and Social Policy : Aspirations and Perspectives », *California Law Review*, Vol. 68, 1980, pp. 216-218.

<sup>71</sup> D. NELKEN, « Introduction », *op. cit.*, p. xiv, ainsi que, plus spécifiquement : C. TOMLINS, « How Autonomous is Law ? », *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 3, 2007, pp. 45-68.

de comprendre les sources sociales du droit ou de mettre à jour son ineffectivité mais elle ne permet pas, sans argument complémentaire, de se prononcer sur la question de savoir si, et comment, le droit et les pratiques légales devraient évoluer<sup>72</sup>. L'approche du *law in context* n'est pas suffisante pour articuler un regard critique sur le droit. Dans cette perspective, la question de recherche imposait une deuxième ouverture interdisciplinaire. Il est recouru à la théorie des droits humains et à la philosophie politique afin d'élaborer un cadre normatif qui permette d'évaluer la légitimité et l'efficacité de l'action de la jurisprudence internationale relative au droit au travail face au développement des politiques d'activation des personnes sans emploi, et ce sur base des enseignements élargis acquis à travers l'approche en contexte.

Une réflexion est tout d'abord menée sur le statut des droits humains et la mesure dont ils doivent s'imposer au politique. Le champ de la théorie des droits humains est exploré à partir de la conviction que les droits humains ne sont pas absolus et définitifs et doivent se comprendre en contexte mais qu'ils sont tout de même susceptibles d'exercer une action de transformation sur la réalité sociale (autonomie relative). L'ouverture à la théorie des droits humains doit permettre de préciser l'articulation entre les droits humains et le politique, et le pouvoir d'action des droits humains dans la recomposition des politiques sociales.

A partir de là, nous examinons les conditions d'une action légitime et efficace de la jurisprudence internationale face au développement des politiques d'activation. Nous assumons que l'action de la jurisprudence est légitime si elle n'aboutit pas à donner aux droits humains un pouvoir d'action plus important que celui qui doit leur être reconnu. Elle est par ailleurs efficace si elle leur octroie tout le pouvoir qui doit leur être reconnu. Afin d'être légitime et efficace, la jurisprudence doit donc conférer aux droits humains tout le pouvoir mais rien que le pouvoir d'action qui leur revient dans la recomposition des politiques sociales, au regard de la réflexion menée sur le statut des droits humains. Cette hypothèse ne fournit pas encore un cadre opérationnel d'évaluation de l'action de la jurisprudence. Dans une seconde étape, la recherche s'ouvre donc à la philosophie politique en vue d'identifier les conditions précises d'une action jurisprudentielle qui concrétise l'articulation entre les droits humains et le politique exigée par la réflexion sur le statut des droits.

## 4. Le plan de la thèse

**24.** Ces considérations générales de méthode ont conduit à structurer la thèse en trois titres.

Le premier titre offre une mise en perspective contextuelle du droit au travail et des politiques d'activation des personnes sans emploi, à travers le prisme du droit et du devoir de travailler des personnes sans emploi.

---

<sup>72</sup> Dans cette optique, voy. David Nelken qui met en évidence les limites d'une approche *law in context* (« Introduction », *op. cit.*, p. xviii). Voy. également : B. Z. TAMANAHA, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 131-132.

Il est tout d'abord procédé à une analyse des discours politiques et philosophiques, resitués dans leur contexte économique et social, afin d'éclairer l'émergence de l'idée du droit au travail dans des contextes nationaux à la fin du 18<sup>ème</sup> siècle. Le même type d'analyses est effectué pour le déploiement de la logique d'activation dans les pays industrialisés à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle. L'ouverture interdisciplinaire à l'histoire des faits et des idées et à la sociologie politique permet de rendre compte, dans une perspective cognitive, des enjeux axiologiques qui sous-tendent la tension entre droit et devoir de travailler, logée au cœur de l'idée du droit au travail et des politiques d'activation. Nous nous employons ensuite à systématiser la manière dont les différentes conceptions politiques du droit au travail et les différentes variantes de l'activation se traduisent sur le plan juridique, plus particulièrement dans la concrétisation du droit au travail et du devoir de travailler qu'elles opèrent. Ce travail permet de mettre en lien les différentes affiliations politiques et idéologiques et les explications économiques du chômage, d'une part, et les opérationnalisations juridiques du droit et du devoir de travailler, d'autre part. Le travail de contextualisation porte enfin sur le droit au travail dans le droit international des droits humains. Les facteurs sociaux et économiques qui ont conduit à la reconnaissance dans l'après-guerre du droit au travail sur la scène internationale sont mis en évidence. Il est ensuite procédé à l'analyse des débats qui ont présidé au choix de la formulation juridique du droit au travail, d'une part, et, de la jurisprudence générale relative au droit au travail ainsi que des normes internationales de concrétisation du droit, d'autre part. Cette analyse est mise en regard avec la catégorisation des différentes conceptions politiques du droit au travail et leur opérationnalisation sur le plan juridique, afin de déceler les éventuels fondements politiques et idéologiques qui sous-tendent le droit au travail dans le droit international des droits humains.

Au terme du premier titre, il apparaît que, si le texte des pactes d'après-guerre formule un consensus *a minima* entre les différentes conceptions politiques du droit au travail, sa mise en œuvre a largement privilégié la conception que nous qualifions de « réformiste » du droit au travail, qui correspond au modèle social de l'Etat-providence (politiques keynésiennes en faveur de l'emploi et indemnisation du chômage). Si ce modèle politique a momentanément permis d'apaiser la tension jusque-là indépassable entre le droit et le devoir de travailler des personnes sans emploi, il se révèle pourtant insuffisant à sécuriser le droit au travail dans les sociétés post-industrielles et la tension entre le droit et le devoir de travailler réapparaît (écart entre la *law in the books* et la *law in action*). En fonction des arbitrages qu'elles réalisent entre le droit et le devoir de travailler, les politiques d'activation procèdent à divers ajustements de la conception réformiste du droit au travail. Dans ce contexte, la question de l'actualisation, dans un environnement modifié, des exigences qui découlent du droit au travail par la jurisprudence internationale se pose avec acuité.

**25.** Le deuxième titre de la recherche propose une réflexion critique sur le rôle des droits humains dans la recomposition des politiques sociales. Il est tout d'abord procédé à une réflexion sur le statut des droits humains et leur articulation avec le politique. Nous défendons une conception démocratique des droits humains basée sur les travaux de Claude Lefort. Nous argumentons que la démocratie fonde les droits humains et qu'elle détermine leur articulation avec le politique. Dans un deuxième temps, nous combinons les apports de deux théories

contemporaines, l'expérimentalisme démocratique de Charles Sabel et Michaël Dorf et l'approche par les capacités d'Amartya Sen, afin d'identifier les conditions d'une action légitime et efficace de la jurisprudence internationale dans la recomposition des politiques sociales. Dans l'approche proposée (qualifiée d'expérimentaliste), la pratique du droit international des droits humains permet concrètement d'assurer que les droits revêtent les traits caractéristiques propres à la conception démocratique des droits. L'approche expérimentaliste de l'action de la jurisprudence permet, à travers une reconnexion du droit et du politique, d'actualiser progressivement les exigences qui découlent du droit au travail aux évolutions du contexte économique et social et d'assurer une meilleure effectivité des droits sociaux. Cette approche est distinguée de deux autres approches idéal-typiques de la pratique du DIDH qui ne concrétisent pas les exigences de la conception démocratique des droits : les approches activistes qui matérialisent une conception absolutiste des droits et les approches déférentes que nous lions aux conceptions relativistes des droits.

Au terme de la réflexion menée dans le deuxième titre, une grille de lecture analytique et évaluative de l'action de la jurisprudence internationale relative au droit au travail à l'égard des politiques d'activation des personnes sans emploi est élaborée à partir des différentes attitudes-types identifiées.

**26.** Le troisième titre est consacré à l'examen de la jurisprudence internationale relative au droit au travail face au développement de mesures d'activation dans les pays industrialisés depuis le début des années 1990. La jurisprudence est mise en perspective, et éclairée, au regard des enseignements des deux premiers titres de la thèse. La démarche poursuivie dans le troisième titre est double. Elle est tout d'abord heuristique : la jurisprudence est caractérisée, d'une part, à la lumière des éléments contextuels mis en évidence dans le premier titre, et, d'autre part, au regard de la typologie idéal-typique des approches jurisprudentielles élaborée dans le deuxième titre. La démarche est ensuite évaluative : seule une action jurisprudentielle expérimentaliste, qui répond aux exigences d'une conception démocratique des droits humains, est jugée légitime et efficace.

L'analyse révèle que la jurisprudence cadre et oriente les politiques d'activation des personnes sans emploi à la marge, essentiellement à travers les notions et les catégories de la conception réformatrice du droit au travail. Adoptant une posture défensive, la jurisprudence encourage le *statu quo* législatif. Les exigences issues de la conception réformatrice ne sont pas soumises au débat démocratique, alors que, dans un contexte de chômage élevé et de longue durée, cette conception politique du droit au travail se révèle insuffisante à sécuriser le droit au travail et subit une crise de légitimité. On glisse vers une conception absolutiste des droits, dont la légitimité du contenu est soustraite au débat démocratique. Dans ces conditions, l'action de la jurisprudence internationale perd progressivement en légitimité aux yeux des Etats. Nous montrons que, par conséquent, ces derniers se départissent progressivement des exigences concrètes identifiées par la jurisprudence internationale et qu'une fracture se crée entre la jurisprudence internationale et la pratique des Etats (écart de plus en plus important entre la *law in the books* et la *law in action*).

Parallèlement, la jurisprudence développe certaines pratiques expérimentalistes. Elle encourage les Etats à expérimenter de nouvelles mesures et politiques en vue de raccrocher avec l'objectif du plein emploi. La jurisprudence entoure le processus d'expérimentation de balises procédurales visant à s'assurer, d'une part, de la participation des acteurs nationaux concernés à l'élaboration des politiques et, d'autre part, de la mise en place au sein des Etats de systèmes d'évaluation des politiques menées. La jurisprudence doit toutefois systématiser, en aval, les pratiques d'évaluation de l'efficacité des expérimentations au regard des principes démocratiques et du droit au travail. A défaut, un glissement risquerait de s'opérer progressivement d'une conception absolutiste des droits vers une conception relativiste où le contenu des droits serait calqué sur l'évolution des politiques sociales menées par les Etats. Or, dans l'approche démocratique des droits humains, ces derniers doivent exercer une action transformatrice du modèle social, en tant qu'instance critique à travers et au regard de laquelle la légitimité et l'efficacité des politiques sociales nationales est mise en débat.

## **Titre 1. Le droit au travail et les politiques d'activation des personnes sans emploi : contextualisation historique et politique**

### **Introduction du Titre 1**

**27.** La première partie de la recherche s'attache à mettre en perspective la question de recherche sur des plans historique et politique. Dans le premier chapitre, nous faisons la genèse du droit au travail : après avoir explicité les conditions historiques qui ont mené à l'avènement de l'idée du droit au travail au 18<sup>ème</sup> siècle, sont décrites les différentes propositions politiques de formulation et de concrétisation du droit au travail qui ont été élaborées depuis la fin du 18<sup>ème</sup> siècle jusqu'à la veille de l'adoption des pactes internationaux. Le deuxième chapitre est consacré à l'analyse de la formulation du droit au travail retenue dans les pactes internationaux ainsi qu'à sa concrétisation à la fois par la jurisprudence internationale et dans les normes internationales de mise en œuvre. Dans le troisième chapitre, nous décrivons le processus historique qui a vu émerger une dynamique commune à tous les pays industrialisés d'activation des personnes sans emploi. Les différentes propositions politiques qui sous-tendent les variantes de l'activation sont ensuite mises en évidence.

## Chapitre 1. Genèse du droit au travail

### Introduction

**28.** Le droit au travail est consacré dans les textes internationaux d'après-guerre dédiés aux droits dits de « seconde génération ». Cependant, à la différence de la plupart des droits économiques, sociaux et culturels proclamés dans ces textes, l'idée du droit au travail est bien antérieure au développement de l'Etat social au 20<sup>ème</sup> siècle. Dans ce chapitre, nous remontons les racines du droit au travail.

**29.** Le droit au travail est un objet juridique dont l'émergence et la modélisation sont intimement liées à un contexte économique, social et politique. A travers une incursion dans l'histoire du droit et des idées politiques, nous montrons que l'idée du droit au travail est apparue, dans des contextes nationaux, dès la fin du 18<sup>ème</sup> siècle, avec l'avènement des sociétés libérales modernes (Section 1). Nous décrivons ensuite les différentes formulations et concrétisations du droit au travail qui ont été défendues depuis la fin du 18<sup>ème</sup> siècle jusqu'à la veille de l'adoption des pactes internationaux, en fonction des affiliations politiques et des postures idéologiques (Section 2)<sup>1</sup>.

**30.** L'analyse se concentre essentiellement sur les discours philosophiques et politiques, bien que les replaçant dans leur contexte social et économique<sup>2</sup>. Nous n'éviterons pas la mise en lien des discours sur le droit au travail avec les théories économiques dominantes, de nombreux arguments économicistes étant repris à l'appui de l'une ou l'autre conception politique du droit au travail.

---

<sup>1</sup> La thèse n'a pas pour ambition de réaliser un historique complet du concept de droit au travail. Plusieurs thèses françaises du début du 20<sup>ème</sup> siècle sont consacrées à l'émergence du droit au travail et au moment 1848 en France (J. DUFOUR, *Etude historique sur les théories du droit au travail*, thèse pour le doctorat, Paris, 1899 ; F. LAVALETTE, *Le droit au travail en 1848*, thèse pour le doctorat, Paris, 1912 ; M. PIIER, *Le garantisme. Le garantisme patronal – Le garantisme social – Le Droit au travail*, thèse pour le doctorat, Paris, 1922, cités dans DR. H. N. TEUBEN, *Recht op arbeid. In historie en in Verklaring van Mensenrechten*, Assen, Van Gorcum, 1955). De nombreux auteurs allemands ont écrit sur l'évolution de la discussion sur le droit au travail au 20<sup>ème</sup> siècle, et notamment sur le développement du droit au travail dans les Etats socialistes (Voy. not. H. BÜLCK, *Die Zwangsarbeit im Friedensvölkerrecht ; Untersuchung über die Möglichkeit und Grenzen allgemeiner Menschenrechte*, Göttingen, 1953 ; W. DÄUBLER, « Recht auf Arbeit verfassungswidrig ? », in U. Achten et al. (dir.), *Recht auf Arbeit, eine politische Herausforderung*, Neuwied, Darmstadt, 1978, pp. 159-180 ; R. SCHOLZ, « Das Recht auf Arbeit. Verfassungsrechtliche Grundlagen. Möglichkeiten und Grenzen der Kodifikation », in E.-W. Böckenförde, J. Jekewitz, t. Ramm, *Soziale Grundrechte*, Heidelberg, Karlsruhe, 1981, pp. 75-89 ; K. WESTEN, « Das Recht auf Arbeit in den Prämissen sozialistischer Verfassungen », in H. Ryffel et J. Schwarztländer (dir.), *Das Recht des Menschen auf Arbeit*, Kehl am Rhein, 1983, pp. 135-151 ; E.H. RIEDEL, *Theorie der Menschenrechtenstandards ; Funktion, Wirkungsweise und Begründung wirtschaftlicher und sozialer Menschenrechte mit exemplarischer Darstellung der Rechte auf Eigentum und Arbeit in verschiedenen Rechtsordnungen*, Berlin, 1986). Il est référé à ces écrits dans les ouvrages de Teuben et Smit : DR. H. N. TEUBEN, *Recht op arbeid...*, op. cit ; F.J.H.C. SMIT, *Passende arbeid als recht van de mens, Recht op arbeid en op werkloosheidsuitkering in internationaal en Nederlands recht*, 's-Gravenhage, T.M.C. Asser Instituut, 1994.

<sup>2</sup> Nous adhérons à la vision de Dominique Méda suivant laquelle « le discours philosophique et la réalité sociale entretiennent des rapports complexes, les premiers précédant, accompagnant ou explicitant la seconde, sans qu'il soit question (...) d'une totale détermination 'en dernière instance' du discours philosophique par la réalité sociale ou de celle-ci par le poids des idées » (D. MÉDA, *Le travail, une valeur en voie de disparition*, Paris, Champs-Flammarion, 1998, p. 28 (originellement publié en 1995)).

## Section 1. L'émergence de l'idée du travail comme droit humain

**31.** La notion de droit humain est entendue au sens philosophique du terme<sup>3</sup> dans le cadre de cette section. Dans cette acception, les droits humains s'entendent comme des exigences éthiques. L'exigence éthique d'assurer un travail à tous s'est fait sentir dès la fin du 18<sup>ème</sup> siècle dans les sociétés industrielles modernes. Sa reconnaissance juridique sous la forme d'un droit constitutionnel au travail a par ailleurs été débattue dès 1848 à l'Assemblée nationale française<sup>4</sup>.

**32.** Nous identifions trois évolutions consécutives dans la représentation sociale du travail qui ont conduit à l'affirmation de l'exigence éthique d'offrir la possibilité de travailler à tous les membres de la société. Il a tout d'abord fallu que le travail se construise comme une catégorie anthropologique particulière et qu'on lui attribue une fonction de cohésion sociale (§1). Un second pas a ensuite été franchi : le travail n'a plus seulement été perçu comme un devoir moral des individus envers la société mais également comme un devoir de la société vis-à-vis des individus (§2). L'exigence éthique d'offrir à tous la possibilité de travailler est enfin sortie renforcée d'une troisième évolution des idées : le travail n'est plus seulement vu comme un moyen en vue d'autres fins (la subsistance et le lien social) mais comme une fin en soi : il doit permettre à l'homme de s'épanouir et de s'accomplir (§3).

### §1. Le travail au fondement de la société libérale moderne

**33.** Les sociétés n'ont pas toujours été fondées sur le travail. Plusieurs auteurs ont démontré que le travail n'est pas une catégorie anthropologique universelle mais un concept qui s'est construit dans des conditions socio-politiques particulières et auquel on a progressivement assigné un nombre de fonctions importantes pour le fonctionnement de la société<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> L'approche philosophique des droits humains se distingue de l'approche positiviste des droits humains. Selon Sen, « human rights can be seen as primarily ethical demands. They are not principally 'legal', 'proto-legal' or 'ideal-legal' commands. Even though human rights can, and often do, inspire legislation, this is a further fact, rather than a constitutive characteristic of human rights » (A. SEN, « Elements of a Theory of Human Rights », *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 32, n°4, 2004, p. 319).

<sup>4</sup> J. GARNIER (éd.), *Le droit au travail à l'Assemblée Nationale. Recueil complet de tous les discours prononcés dans cette mémorable discussion*, Paris, Guillaumin, 1848. Pour une mise en perspective de ces débats, voy. not. F. TANGHE, *Le droit au travail entre histoire et utopie. 1789-1848-1989 : de la répression de la mendicité à l'allocation universelle*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1989 ; P. ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale. Repenser l'Etat-providence*, Paris, Seuil, 1995, pp. 151-155 ; H. N. TEUBEN, *Recht op arbeid*, *op. cit.*, pp. 14-21.

<sup>5</sup> M. FREYSSINET, « Historicité et centralité du travail », in J. Bidet et J. Texier (dir.), *La Crise du travail*, Paris, PUF, 1995, pp. 227-244 ; M. SAHLINS, *Age de pierre, âge d'abondance*, Paris, Gallimard, 1976 ; J.-P. VERNANT, *Mythe et pensée chez les Grecs*, Paris, Maspero, 1965, tous cités dans D. MÉDA, *Le travail, une valeur...*, *op. cit.*, pp. 30-59 ; *Contra* : G. FRIEDMANN et P. NAVILLE, *Traité de sociologie du travail*, Paris, Armand Colin, Tome 1, 1961 ; Tome 2, 1962 (dont le traité débute par ces mots : « Le travail est le trait spécifique de l'espèce humaine. L'homme est un animal social essentiellement occupé de travail. Le travail est le commun



Dans les sociétés non-industrialisées, on observe ainsi que les activités productives ne sont parfois pas distinguées d'autres comportements humains. En outre, il n'existe souvent pas de mot générique pour viser l'ensemble des activités qui répondent à l'idée de travail. Il n'était en tout cas certainement pas question de donner pour fonction au travail d'assurer le lien social<sup>6</sup>. L'émergence de la notion de travail, comme catégorie homogène, va de pair avec l'avènement des sociétés industrielles modernes<sup>7</sup>. Par ailleurs, la représentation du travail comme outil central d'institution et de régulation du social se trouve au cœur de l'utopie libérale d'une société autorégulée de pleine harmonie<sup>8</sup>.

**34.** Dans « Le capitalisme utopique »<sup>9</sup>, Pierre Rosanvallon met en évidence l'utopie sur laquelle repose le libéralisme économique originaire et explicite l'importance centrale dévolue au travail dans le cadre de cette utopie. Le libéralisme économique, comme le libéralisme politique, émergent en Europe au 17<sup>ème</sup> siècle et reposent sur un principe de reconnaissance de l'autonomie individuelle et d'opposition à toute forme de domination absolutiste<sup>10</sup>. Ils trouvent leur filiation intellectuelle dans l'affirmation de ce qu'« il n'y a pas de grand maître des hommes et des choses et qu'aucun pouvoir personnel de sujétion ne relie entre eux les individus » et de ce que « (l)e lieu central du pouvoir est appelé à rester vide par le refus de tous les commandements personnels et de tous les monopoles qui restaurent entre les hommes des rapports d'obligation »<sup>11</sup>. Afin de réaliser cette aspiration commune, le libéralisme politique propose de garantir les droits des individus et d'assurer le maintien du pluralisme, le libéralisme économique nourrit, quant à lui, un projet utopique : l'avènement d'une société de marché. Chez les théoriciens du marché du 18<sup>ème</sup> siècle (comme Adam Smith ou Thomas Paine), le marché n'est pas seulement instrument technique d'organisation de l'activité économique ; il a plus fondamentalement un sens social et politique. Le libéralisme économique aspire à une société civile immédiate à elle-même, qui se régulerait de façon immanente, sans intervention extérieure du pouvoir, par les échanges sur le marché<sup>12</sup>. Suivant la thèse de Rosanvallon, le libéralisme économique vise à répondre aux problèmes non résolus par les théoriciens politiques du contrat social relativement à l'institution et à la régulation du social, et notamment la difficulté de la philosophie politique à ne pas recourir à une quelconque forme de garant extérieur<sup>13</sup>. Dans l'idéologie économique, « c'est le marché

---

dénominateur et la condition de toute vie en société »), également cité dans D. MÉDA, *Le travail, une valeur...*, op. cit., p. 23 ; voy. également : J. VAN DER VEN, « The Right to Work, as a Human Right », *Howard Law Journal*, Vol. 11, 1965, p. 408.

<sup>6</sup> D. MÉDA, *Le travail, une valeur...*, op. cit., p. 32.

<sup>7</sup> *Ibid.*, pp. 61-91 (Chapitre III. Acte I : L'invention du travail) ; M. FREYSSINET, « Historicité et centralité du travail », op. cit., pp. 227-244 ; F. TANGHE, *Le droit au travail entre histoire et utopie...*, op. cit., pp. 31-39 ; J.-P. VERNANT, *Mythe et pensée chez les Grecs*, op. cit. ; contra : G. FRIEDMANN et P. NAVILLE, *Traité de sociologie du travail*, op. cit.

<sup>8</sup> P. ROSANVALLON, *Le Capitalisme utopique. Histoire de l'idée de marché*, Paris, Seuil, 1999, pp. 63-88 (originellement publié en 1979) ; D. Méda, *Le travail, une valeur...*, op. cit., pp. 83-91. Dominique Méda liste d'autres explications de la centralité du travail dans nos sociétés modernes aux pages 74-83 de son ouvrage.

<sup>9</sup> Rosanvallon se réfère essentiellement aux écrits d'Adam Smith et particulièrement à *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations* (Paris, GF-Flammarion, 1991 (originellement publié en 1776)).

<sup>10</sup> *Ibid.*, pp. VII-X.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. VIII.

<sup>12</sup> *Ibid.*, pp. II, 39-49, 70-77 et 143-145.

<sup>13</sup> *Ibid.*, pp. II-IV et 42-49.

(économique) et non pas le contrat (politique) qui est le vrai régulateur de la société (et pas seulement de l'économie) »<sup>14</sup>.

Dans la société de marché, la cohésion sociale reposerait sur l'interdépendance des individus dans le cadre des échanges, chacun étant tenu de coopérer avec les autres<sup>15</sup>. Elle tiendrait également à la satisfaction des besoins de tous par le biais du marché. Le libéralisme économique repose en effet sur une « anthropologie des besoins »<sup>16</sup> : la rareté y est considérée comme la cause de la division sociale ; la satisfaction des besoins suffirait à garantir l'harmonie sociale<sup>17</sup>.

**35.** Dans la construction de cette société idéale, le travail occupe une place centrale et acquiert une signification homogène. Cette mutation intellectuelle est observée par Dominique Méda<sup>18</sup> dans les écrits d'Adam Smith, et plus particulièrement dans son ouvrage, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, publié en 1776<sup>19</sup>.

Dans ses travaux, Adam Smith met tout d'abord en évidence que le travail rend possible les échanges sur le marché. Il est en effet la mesure qui permet l'échange universel, la valeur des marchandises étant appréciée en fonction de la quantité de travail qu'a nécessité leur production. Dans la théorie de Smith, le travail constitue en outre l'instrument concret d'accroissement des richesses, dont dépend la pacification des relations entre individus.

Adam Smith analyse en détail la division du travail. Si le travail rend possible les échanges, la division du travail rend indispensable leur généralisation : parce que les individus effectuent des tâches spécialisées, ils sont entièrement dépendants du travail des autres pour consommer et satisfaire leurs besoins. De plus, c'est la division du travail qui permet d'augmenter la productivité de la société et, donc, la capacité des individus à consommer et à satisfaire leurs besoins.

Ainsi, au-delà de sa fonction économique, le travail, et plus particulièrement la division du travail, participent directement à la construction du lien social par l'échange. Comme Emile Durkheim l'affirmera plus tard, la division du travail contraint les individus à vivre ensemble : ils sont complémentaires dans l'acte de production et interdépendants dans l'échange généralisé<sup>20</sup>. Le travail permet aussi d'assurer la stabilité de l'ordre social dès lors qu'il est censé permettre de classer les individus de manière objective sur base de leur contribution à la

---

<sup>14</sup> *Ibid*, p. II.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 145 ; D. MÉDA et P. VENDRAMIN, *Réinventer le travail*, Paris, PUF, 2013, pp. 25-27 ; D. MÉDA, *Le travail, une valeur...*, *op. cit.*, pp. 83-91.

<sup>16</sup> F. TANGHE, *Le droit au travail...*, *op. cit.*, p. 20.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>18</sup> D. MÉDA, *Le travail, une valeur en voie de disparition*, *op. cit.*, pp. 60-73 ; D. MÉDA et P. VENDRAMIN, *Réinventer le travail*, *op. cit.*, pp. 18-19,

<sup>19</sup> A. SMITH, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Paris, Flammarion, 1991 (originellement publié en 1776).

<sup>20</sup> E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, PUF, 2004 (originellement publié en 1893), cité dans D. Méda et P. Vendramin, *Réinventer le travail*, *op. cit.*, p. 26.

société par leur travail. Il contient également la promesse d'une pacification des relations par l'accroissement des richesses supposées mener à l'abondance<sup>21</sup>.

**36.** A travers les travaux d'Adam Smith, on peut donc identifier une signification homogène au concept de travail. Il est l'instrument de mesure qui permet de fonder l'échange et un facteur d'accroissement de la richesse. De ce fait, il doit jouer le rôle de support central de la cohésion et de la paix sociale dans les sociétés modernes. On ajoutera que, dans ce cadre, la notion de travail est nécessairement ramenée au travail productif (qui crée de la valeur, par opposition au travail improductif<sup>22</sup>) et rémunéré (qui s'échange contre rémunération, par opposition au travail bénévole)<sup>23</sup>.

**37.** Pierre Rosanvallon assimile l'utopie libérale (laquelle fonde la centralité du travail) à l'horizon indépassable de la modernité. Les socialistes du 19<sup>ème</sup> siècle s'affirmeront comme des anti-libéraux. Rosanvallon démontre qu'ils s'opposaient en réalité au capitalisme auquel ils assimilaient erronément le libéralisme économique. Alors que le libéralisme économique est une idéologie (au sens de représentation du monde), le capitalisme n'est que la résultante des pratiques économiques et sociales concrètes de la classe capitaliste, qui ne retient que ce qui l'arrange du libéralisme économique et entretient un rapport utilitariste avec celui-ci<sup>24</sup>. Si le socialisme utopique se construit à travers la lutte contre les capitalistes, il ne dépasse pas l'utopie libérale ; au contraire, il cherche à en réaliser le programme. Il vise en effet à l'instauration d'une société civile autorégulée, sans intervention séparée du politique ou, en d'autres mots, au remplacement du gouvernement des hommes par l'administration des choses<sup>25</sup>.

## **§2. Du devoir moral de travailler à l'exigence éthique d'assurer à tous la possibilité d'obtenir un travail**

**38.** Dès lors que de la généralisation des échanges et du travail dépend la cohésion sociale, le travail est perçu comme un devoir moral des individus envers la société. Chacun doit participer, par son travail, à l'acte de production et, plus généralement, au bon fonctionnement de la société. Il apparaît donc nécessaire d'inculquer à tous une éthique du travail.

---

<sup>21</sup> D'aucuns argumenteront plus tard que l'abondance est un horizon qui ne peut jamais être atteint dans les sociétés productivistes modernes, celle-ci fonctionnant sur base d'un développement infini des besoins et, donc sur un sentiment éternel de rareté. A ce propos, voy. not. F. TANGHE, *Le droit au travail...*, op. cit., p. 205 et 206. Ce dernier réfère à l'ouvrage *Age de pierre, âge d'abondance. L'économie des sociétés primitives* de Marshall Sahlins (Paris, Gallimard, 1976), dans lequel ce dernier soutient que, au contraire des sociétés contemporaines, les sociétés primitives étaient des sociétés d'abondance. Dans ces sociétés, les besoins étaient peu nombreux et pouvaient donc être facilement être satisfaits.

<sup>22</sup> Sur la distinction entre travail productif et travail improductif opérée par Adam Smith, voy. P. ROSANVALLON, *Le capitalisme utopique*, op. cit., pp. 79-82.

<sup>23</sup> A ce sujet, voy. R. HOOP, « Political-Philosophical Perspectives on the Duty to Work in Activation Policies for the Unemployed », in E. Dermine et D. Dumont (dir.), *Activation Policies for the Unemployed, Right to Work and Freedom of Work*, Bruxelles, P.I.E.-Peter Lang, 2014, p. 214.

<sup>24</sup> P. ROSANVALLON, *Le capitalisme utopique*, op. cit., p. 211.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. VII, pp. 179-207 et 222-226.

A la fin du 18<sup>ème</sup> siècle, de nombreux pauvres survivaient de relations de solidarité et de dépendance extérieures au marché (relations familiales ou villageoises, charité, communauté de mendiants,...). Ces formes de socialité sont jugées archaïques et amenées à disparaître. Les pauvres doivent se conforter au nouveau modèle de société, dans laquelle la socialisation intervient par le travail et l'échange<sup>26</sup>.

**39.** Durant le Moyen-Age, les classes populaires se voyaient déjà affublées d'une obligation morale de travailler mais les classes privilégiées en étaient exemptées. A l'époque, le travail était uniquement valorisé pour ses qualités moralisatrices. Le travail n'était pas encore associé à la création de la richesse<sup>27</sup>. Il était perçu comme le nécessaire « antidote à l'oisiveté », le « correctif aux vices du peuple » qui permettait d'assurer l'ordre et la sécurité publics<sup>28</sup>. Dans ces circonstances, l'approche du travail était résolument disciplinaire et il importait peu que le travail effectué soit productif. La mendicité et le vagabondage étaient réprimés, souvent par l'imposition d'un travail forcé. Castel illustre la déconnexion du travail moralisateur et disciplinant de toute considération d'utilité économique par un « exemple-limite » : dans le Rasphaus d'Amsterdam, fondé à la fin du 16<sup>ème</sup> siècle, les individus sans travail étaient enfermés dans une cave inondée et devaient pomper l'eau, évitant ainsi la noyade<sup>29</sup>.

**40.** Dans la société libérale moderne, le travail a été théorisé comme l'instrument de création de la richesse, dont dépend la pacification des relations. Le devoir moral de travailler en ressort renforcé. Les Etats continuent à organiser la répression de la mendicité et du vagabondage. Enjoindre au travail par le biais disciplinaire et punitif n'est toutefois plus satisfaisant dans la société libérale moderne. Le schéma disciplinaire n'est pas suffisant pour assurer à tous un emploi et réaliser l'utopie libérale, par la participation généralisée à l'échange marchand. Afin de hâter la réalisation de l'utopie libérale, il apparaît indispensable que le devoir moral de travailler se double d'un devoir réciproque de la société d'assurer à tous les membres de la société la possibilité de trouver un emploi. L'affirmation du travail comme objet d'un droit est donc intimement liée au projet de construction d'une société de marché<sup>30</sup>.

**41.** Dans un modèle de société où le travail devient le seul moyen de subvenir à ses besoins, l'exigence éthique de garantir à chacun la possibilité de travailler est également irrémédiablement liée au droit à la vie, entendu comme droit à la subsistance<sup>31</sup>. Le droit au travail se trouve ainsi au confluent entre le libéralisme économique (affirmation de la société de marché) et le libéralisme politique (affirmation des droits humains).

Contrairement au libéralisme économique (ou libéralisme utopique), le libéralisme politique (également qualifié de libéralisme positif par Rosanvallon) ne vise pas à clore l'histoire par la mise en place définitive d'une société réputée idéale, la société de marché<sup>32</sup>. « Le libéralisme

---

<sup>26</sup> D. MÉDA, *Le travail, une valeur...*, op. cit., pp. 90-91 ; F. TANGHE, *Le droit au travail...*, op. cit., pp. 20-22.

<sup>27</sup> R. CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*, Gallimard, Paris, 2010 (originellement publié en 1995), pp. 276-278

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 276.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 277-278.

<sup>30</sup> F. TANGHE, *Le droit au travail...*, op. cit., pp. 19-27.

<sup>31</sup> Sur le lien entre les droits sociaux et le droit à la vie, voy. *ibid.*, pp. 24-25.

<sup>32</sup> P. ROSANVALLON, *Le capitalisme utopique*, op. cit., pp. 158-159.

positif est une doctrine de défense des droits humains ; il reconnaît donc implicitement qu'il n'en a jamais fini avec son objet, qu'il faudra toujours et partout veiller pour défendre, développer ou rétablir ces droits qui sont sans cesse menacés par toutes les formes de domination économiques, politiques ou sociales »<sup>33</sup>.

**42.** Situé à la frontière entre le libéralisme utopique et le libéralisme positif, le statut du droit au travail est ambigu et incertain. Par sa filiation avec l'utopie libérale, il risque d'être l'objet de tentatives d'instrumentalisation, c'est-à-dire d'être réduit au rang d'instrument politique en vue de la réalisation d'un projet de société définitif. Rejoignant le registre des droits humains, le droit au travail a toutefois le pouvoir de s'émanciper de l'utopie libérale ; il constitue un rempart contre le refoulement de la division sociale par ceux qui voudraient imposer un modèle de société définitif<sup>34</sup>.

### **§3. D'un droit à la subsistance à un droit à l'autoréalisation**

**43.** Dans un premier temps, le travail est considéré comme une dimension essentielle de l'homme pour ses fonctions instrumentales, c'est-à-dire comme un moyen en vue d'autres fins : il permet d'acquérir un revenu et une place dans la société. A la fin du 18<sup>ème</sup> siècle, le travail n'est pas encore valorisé pour lui-même. Dans les travaux d'Adam Smith, le travail est ainsi considéré comme un effort ou une peine qui permet aux individus de satisfaire leurs besoins et de faire société ; le travail n'est pas perçu comme une activité bénéfique en soi pour l'homme<sup>35</sup>.

**44.** Un grand basculement intellectuel dans la représentation sociale du travail se produit pendant le premier quart du 19<sup>ème</sup> siècle. Au-delà de ses fonctions instrumentales, le travail se voit reconnaître une fonction intrinsèque : il est dorénavant considéré comme un bien en soi en ce qu'il permet aux individus d'exprimer leur individualité. Par leur travail, les hommes transforment la nature à leur image et se révèlent aux autres. Le travail doit permettre aux individus de développer leurs facultés et de s'épanouir<sup>36</sup>. Ce basculement intellectuel s'opère de manière concomitante en Allemagne et en France. Le philosophe idéaliste allemand Hegel et, à sa suite Karl Marx, considèrent que, par leur travail, les hommes transforment le donné naturel pour le rendre plus humain et se révèlent ainsi à eux-mêmes<sup>37</sup>. En France, des auteurs comme Alexandre De Laborde et Saint-Simon (Claude Henri de Rouvroy, comte de Saint-Simon), ébahis par les progrès techniques dans l'industrie, développent un discours de glorification du travail. Le travail est en effet le moyen qui permet à la société d'aller vers plus de progrès technique et plus de bien-être. Chaque individu doit pouvoir exercer cette puissance créatrice pour s'épanouir<sup>38</sup>. Si l'inflexion intellectuelle est initiée par des

---

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> F. TANGHE, pp. 124-128. Pour des développements plus complets sur le rôle et le pouvoir d'action des droits humains, voy. le deuxième titre de la recherche et plus particulièrement les n°256-264.

<sup>35</sup> D. MÉDA, *Le travail, une valeur en voie de disparition*, op. cit., p. 91.

<sup>36</sup> *Ibid.*, pp. 92-94 ; D. MÉDA et P. VENDRAMIN, *Réinventer le travail*, op. cit., pp. 19-21.

<sup>37</sup> *Ibid.*, pp. 94-113.

<sup>38</sup> *Ibid.*, pp. 113-118.

socialistes, les libéraux adhèrent à cette nouvelle représentation du travail<sup>39</sup>. Ainsi résumé par Fernand Tanghe, « (l)e travail n'est plus cette figure de la nécessité qui renvoie au cycle vital ; il symbolise l'essence concrète de l'homme, il est devenu la voie royale de l'accomplissement de la personne et, dans la mesure où il fait éclore ses virtualités, son besoin le plus fondamental »<sup>40</sup>.

**45.** Le droit au travail en tant qu'exigence éthique en sort renforcé. Il est le support de la subsistance des individus mais également le vecteur de leur épanouissement. Ce basculement dans la conception théorique du travail est très clairement perceptible dans les débats de 1848 à l'Assemblée nationale française relatifs au droit au travail<sup>41</sup>.

**46.** A la fin du 18<sup>ème</sup> siècle, les hommes politiques liaient expressément ou implicitement le devoir de la société d'offrir un travail au droit à la vie entendu à l'époque comme droit à la subsistance. Ainsi, chez Turgot, ministre sous Louis XVI, le « droit de travailler »<sup>42</sup> est la première propriété de tout homme, la propriété sur son propre corps. Il s'agit pour les pauvres, privés de toute autre propriété, de la seule ressource pour subvenir à leurs besoins. Turgot lie implicitement le droit de travailler au droit à la vie conçu comme « droit à la conservation de soi par la reproduction de sa force de travail »<sup>43</sup>. Le révolutionnaire Mirabeau liera quant à lui explicitement le droit au travail au droit à la vie. Pour lui, si le pouvoir est incapable de garantir aux pauvres la possibilité de gagner leur vie par le travail, il devient illégitime. Il écrit ainsi : « Tout ce qui respire doit être nourri par son travail. Tout homme qui ne trouve que refus à l'offre de son travail en échange de sa subsistance devient l'ennemi naturel et légitime des autres hommes : il a le droit de guerre privée contre la société »<sup>44</sup>. On considérait donc à l'époque que la société devait protéger le droit de chacun de subvenir à ses besoins par son travail.

Dans cet esprit, Turgot avait mis en place, dans les années 1770, des ateliers de secours dans lesquels les chômeurs valides accomplissaient des travaux publics contre salaire. Les chômeurs y accomplissaient des tâches non-qualifiées, comme des travaux de terrassement et d'entretien des routes. Ces ateliers ne devaient fonctionner qu'en périodes conjoncturelles de chômage de masse. Dans un contexte où l'octroi d'un travail visait à garantir des moyens de

---

<sup>39</sup> F. TANGHE, *Le droit au travail...*, op. cit., p. 69 ; voy. également : D. MÉDA, *Le travail, une valeur...*, op. cit., pp. 92-129. *Contra*, R. HOOP, selon lequel, dans l'école de pensée libérale, le travail n'aurait aucune valeur intrinsèque et ne serait qu'un moyen pour les individus d'obtenir une rémunération pour mener la vie qu'ils souhaitent mener (R. HOOP, « Political-Philosophical Perspectives on the Duty to Work... », op. cit., p. 214). Voy. également : M. DE NANTEUIL-MIRIBEL et Hervé POURTOIS, « L'Etat social actif : une réponse au défi de l'intégration par le travail ? », in P. Vielle, P. Pochet et I. Cassiers (dir.), *L'Etat social actif. Vers un changement de paradigme ?*, Bruxelles, P.I.E.-Peter Lang, 2005, p. 326.

<sup>40</sup> F. TANGHE, *Le droit au travail...*, op. cit., pp. 69-70.

<sup>41</sup> F. TANGHE, *Le droit au travail...*, op. cit., pp. ; F. Tanghe, *1848 and the Question of the droit au travail...*, op. cit., pp. 31-32. Voy. également : D. MÉDA, *Le travail, une valeur...*, op. cit., p. 118.

<sup>42</sup> Sur l'expression « droit de travailler » utilisée par Turgot, voy. *infra*, n°56-64.

<sup>43</sup> F. TANGHE, *Le droit au travail...*, op. cit., p. 49.

<sup>44</sup> Comte de Mirabeau, *Lettre remise à Frédéric Guillaume II, roi régnant de Prusse, le jour de son avènement au trône*, 1787, p. 44, cité dans F. TANGHE, *Le droit au travail...*, op. cit., pp. 54-55.

subsistance aux chômeurs, nul ne se préoccupait de la nature du travail qui leur était offert dans les ateliers<sup>45</sup>.

**47.** Lors du débat à l'Assemblée nationale française sur le droit au travail qui se déroule de juillet à novembre 1848, la représentation sociale du travail avait évolué. Qu'ils soient libéraux, conservateurs, socialistes ou républicains, les parlementaires, à quelques exceptions, considéraient dorénavant que le travail devait être vecteur d'épanouissement. Quelle que soit leur position de principe par rapport à la proposition socialiste que l'Etat procure des emplois à ceux qui n'en trouvent pas, les parlementaires s'accordaient à considérer que, si le travail est offert par l'Etat, il doit être convenable. Il doit correspondre à la formation de l'individu, à ses capacités et à ses talents. Il doit lui permettre d'exprimer et de faire reconnaître son individualité. Dans cette optique, socialistes, comme libéraux, vont critiquer les ateliers nationaux mis en place par le gouvernement provisoire entre mars et juin 1848<sup>46</sup>. Dans ces ateliers, les travaux fournis ne correspondaient pas nécessairement à la qualification des ouvriers. Les ouvriers qualifiés se voyaient ainsi contraints à « remuer de la boue »<sup>47</sup>.

Lors des débats, Alphonse de Lamartine qui avait été chef du gouvernement provisoire, défendit, esseulé, *a posteriori* les ateliers nationaux :

« Nous avons voulu dire et nous pensons que, quand les prolétaires, cette classe si nouvelle dans la société, par suite du phénomène industriel qui les a, non pas produits, mais multipliés trop malheureusement ; quand cette classe de prolétaires, dans des circonstances fatales, exceptionnelles, par des chômages, par des misères unanimes, par des besoins de travail qui ne seront pas satisfaits par les conditions ordinaires des industries, (...) ; quand, par toutes ces conditions de force majeure, d'accidents supérieurs à la prévision humaine, des hommes sur la surface de la république manqueront de pain, nous reconnâtrons pour eux le droit au travail ; j'entends par là, Messieurs, le droit à l'existence, le droit de vivre, c'est-à-dire le droit au travail en cas de nécessité démontrée et à des conditions de salaire inférieures au taux des salaires privés, en sorte que nul individu ne puisse offrir ses bras sans trouver du pain, ou souffrir sans être soulagé sur la surface de la République »<sup>48</sup>.

Ce faisant, il s'inscrit dans la droite lignée de Turgot qui concevait les ateliers de charité comme le moyen temporaire d'assurer la subsistance des pauvres en période de crise.

Mais en 1848, à de rares exceptions, libéraux et socialistes ne partagent plus la conception de la vie comme subsistance et du travail comme moyen d'assurer la subsistance. Les représentations sociales ont évolué durant la première moitié du 19<sup>ème</sup> siècle. Ainsi mis en exergue par Tanghe, « ce qui prévaut désormais, c'est non seulement une perception de la vie en termes d'autoréalisation terrestre des individus, mais aussi celle du travail comme déploiement et exercice de toutes leurs facultés, c'est-à-dire comme la figure par excellence

---

<sup>45</sup> F. TANGHE, *Le droit au travail...*, op. cit., p. 109.

<sup>46</sup> *Ibid.*, pp. 111-115.

<sup>47</sup> Selon les termes de Proudhon, cité dans F. TANGHE, *Le droit au travail...*, op. cit., p. 65.

<sup>48</sup> Deuxième discours d'Alphonse de Lamartine, in J. GARNIER (éd.), *Le droit au travail à l'Assemblée Nationale...*, op. cit., pp. 286-287.

de cette autoréalisation »<sup>49</sup>. Suivant ce schéma de pensée, socialistes et libéraux n'admettent plus que les ouvriers se voient assigner des tâches, sans prise en considération de leurs qualifications. Le socialiste Louis Blanc considère qu'on fournit aux ouvriers, dans les ateliers nationaux, « un travail factice, humiliant et stérile comme l'aumône »<sup>50</sup>. Dans la même optique, le libéral Faucher déclarera : « Quel genre de travail donnera l'Etat ? (...). Le droit au travail n'a pas de sens, ni de valeur, s'il ne veut pas dire que tout individu, s'adressant à l'Etat pour obtenir de l'emploi, aura droit au genre d'emploi auquel il est propre »<sup>51</sup>.

**48.** En 1789 comme en 1848, on préférerait aider le pauvre valide en lui offrant un emploi plutôt qu'en lui faisant l'aumône. L'évolution des justifications sous-jacentes à cette préférence est un autre témoignage du développement des fonctions dévolues au travail. En 1789, les pauvres étaient perçus comme des fainéants. Il n'était dès lors pas question d'encourager leur vice en leur offrant de l'argent sans exiger d'eux des prestations de travail. La mise en place d'ateliers permettait par ailleurs de légitimer la répression des mendiants et des vagabonds, c'est-à-dire des mauvais pauvres qui avaient refusé de payer leur dû à la société en travaillant<sup>52</sup>. En 1848, l'argumentation des socialistes en faveur du droit au travail est radicalement inversée. L'aumône est jugée dégradante et humiliante pour les pauvres valides, eux-mêmes. Ils ne peuvent être réduits à la mendicité et doivent avoir la possibilité de se réaliser et de s'épanouir dans le travail<sup>53</sup>. Le droit au travail contient d'autres promesses que la subsistance offerte par l'aumône.

**49.** La valorisation du travail peut sembler paradoxale à une époque où les conditions réelles d'exercice du travail étaient désastreuses. Elle s'explique néanmoins par les grands espoirs que fondaient les théoriciens et philosophes sur les progrès techniques qui semblaient sans cesse s'accélérer. Si très peu d'auteurs critiquaient à l'époque la représentation sociale du travail comme essence de l'homme, de nombreux auteurs, en particulier les théoriciens socialistes, se sont saisis de cette représentation du travail pour dénoncer l'organisation réelle du travail et des conditions de travail aliénantes<sup>54</sup>. Les socialistes considéraient ainsi que le travail est, dans son essence, épanouissant et qu'il fallait le rendre conforme à sa nature. Selon Marx, le travail dans la société capitaliste est aliéné, car il n'est pas une fin en soi mais un facteur de production, un moyen en vue de la croissance<sup>55</sup>. Marx admet que le travail soit momentanément aliéné jusqu'à ce que la société accède à l'abondance. Dans un premier temps, il convient de lutter pour une amélioration des conditions de travail dans le cadre du

---

<sup>49</sup> F. TANGHE, *Le droit au travail...*, op. cit., pp. 69-70.

<sup>50</sup> L. BLANC, *Histoire de la révolution de 1848*, Paris, Marpin & Flammarion, Tome 2, 1880, p. 127, cité dans F. Tanghe, *Le droit au travail...*, op. cit., p. 65.

<sup>51</sup> Opinion inédite de L. Faucher, représentant de la Marne, in J. GARNIER (éd.), *Le droit au travail...*, op. cit., p. 350.

<sup>52</sup> F. TANGHE, *Le droit au travail...*, op. cit., pp. 67-68.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>54</sup> D. MÉDA, *Le travail, une valeur...*, op. cit., pp. 116-117.

<sup>55</sup> A propos du travail dans la société capitaliste, il écrit : « Travail forcé, il n'est pas la satisfaction d'un besoin, mais seulement un moyen de satisfaire des besoins en dehors du travail. (...) On en vient donc à ce résultat que l'homme n'a de spontanéité que dans ses fonctions animales : le manger, le boire, la procréation (...) et que dans ses fonctions humaines, il ne se sent plus qu'animalité ; ce qui est animal devient humain, et ce qui est humain devient animal » (K. MARX, *Ebauche d'une critique de l'économie politique, Œuvres complètes de Marx, Economie*, Tome 2, Paris, Gallimard, 1979, p. 61, cité dans D. MÉDA, *Le travail, une valeur...*, op. cit., note de bas de page 151).



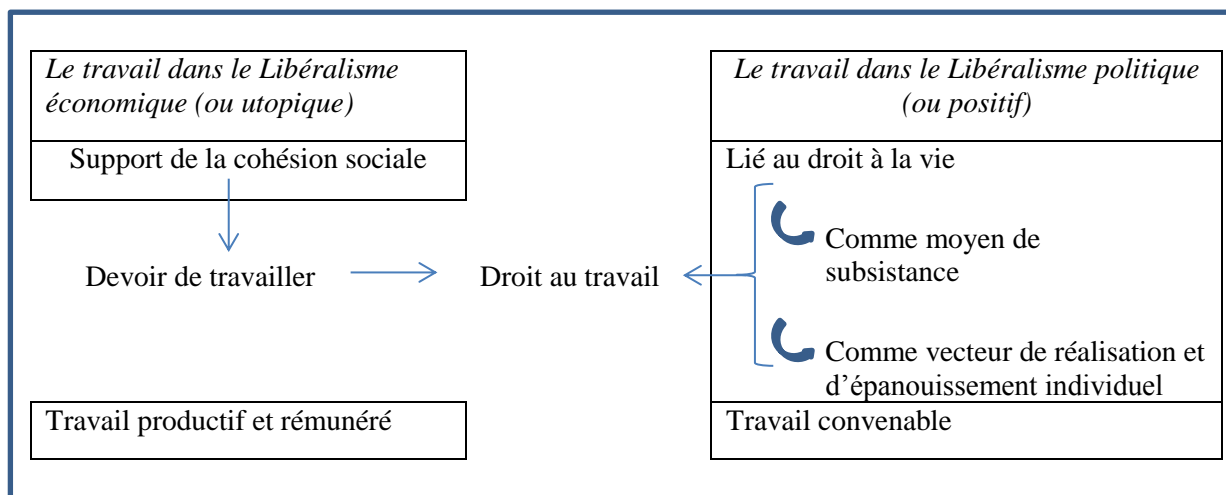
travail aliéné. Une fois la rareté conjurée, la société passera à un second stade de développement social et historique : le travail pourra coïncider avec son essence et devenir synonyme d'expression de soi<sup>56</sup>. A ce propos, Tanghe est dubitatif. Le socialisme ne risque-t-il pas de se retrouver prisonnier du productivisme qu'il admet, et même qu'il suppose, dans une première phase, mais dont nous avons vu qu'il se relance indéfiniment repoussant toujours plus loin le seuil de l'abondance ?<sup>57</sup>

\*\*\*

**50.** L'émergence de l'idée du droit au travail est consubstantielle à l'utopie libérale d'une société autoréglée de pleine harmonie. Médium de la cohésion sociale, le travail est tout d'abord un devoir de l'individu vis-à-vis de la société mais, afin de faire descendre l'utopie libérale du ciel des idées au plancher du réel, s'impose progressivement l'idée d'un devoir réciproque de la société d'assurer aux individus la possibilité de trouver à employer leur force du travail. Ce devoir de la société intègre parallèlement la sphère des droits humains parce qu'il est lié au droit à la vie, envisagée uniquement en termes de subsistance dans un premier temps mais ensuite également en termes de réalisation de soi et d'épanouissement individuel.

**51.** L'idée du droit au travail est ambivalente. Elle s'impose à la fois comme instrument de réalisation de l'idéologie économique et comme un droit humain lié au droit à la vie, supposé échapper à toute tentative d'instrumentalisation à des fins politiques, qui consisterait à naturaliser une conception particulière de la société pour l'imposer définitivement.

Encadré 2 - L'émergence de l'idée du droit au travail – ambivalence du concept



<sup>56</sup> F. TANGHE, *Le droit au travail...*, op. cit., pp. 204-205 ; D. MÉDA, *Le travail, une valeur...*, op. cit., pp. 108-113.

<sup>57</sup> F. TANGHE, *Le droit au travail...*, op. cit., p. 205 ; voy. également, *supra*, note de bas de page 21.

## Section 2. Les différentes conceptions politiques du droit au travail et leur traduction juridique

**52.** Si l'idée du droit au travail a émergé à la fin du 18<sup>ème</sup> siècle pour ne plus être sérieusement contestée, la nature précise du droit au travail ainsi que la manière de le réaliser n'a jamais cessé de faire débat<sup>58</sup>.

**53.** Dans cette section, nous proposons une catégorisation idéal-typique des concrétisations juridiques du droit au travail défendues, en fonction des affiliations politiques et idéologiques, depuis la fin du 18<sup>ème</sup> siècle jusqu'à la veille de l'adoption des pactes internationaux d'après-guerre qui ont proclamé le droit au travail. Nous développons successivement les conceptions libérale originaire (§1), socialiste (§2), libérale classique (§3) et réformiste (§4) du droit au travail. Nous identifions chacune des conceptions à partir de la *réalisation du droit au travail* qu'elles préconisent et de la *concrétisation du devoir de travailler* qui l'accompagne.

**54.** Il ne s'agit nullement d'une description exhaustive, nuancée et chronologique de l'évolution des idées politiques relatives au droit au travail. Notre attention s'est focalisée sur la manière dont se traduisent, sur le plan juridique, les grandes propositions politiques de concrétisation de l'idée du droit au travail. Nous n'avons pas hésité à regrouper au sein d'une même catégorie générique des courants de pensée et des mouvements politiques d'époques et de localisations différentes, à partir du moment où ils partageaient des propositions relativement semblables quant à la traduction juridique du droit au travail.

**55.** A l'exception de la conception libérale originaire, les conceptions du droit au travail développées ont traversé le temps jusqu'à la veille de l'adoption des pactes. Leur analyse est toutefois limitée en ce qu'elle se concentre essentiellement sur deux *momentum* clés de l'histoire du droit au travail, temporellement et géographiquement situés : la révolution de 1848 en France et l'après-guerre dans les Etats du bloc de l'Est et les Etats du bloc de l'Ouest. Pour les deux *momentum*, nous disposons de nombreux écrits dans lesquels les différents groupements politiques exposaient et échangeaient leurs arguments sur la nature du droit au travail et sur la méthode à suivre pour le réaliser.

### §1. La conception libérale originelle du droit au travail

**56.** La première conception du droit au travail que nous abordons est celle qui était véhiculée par le libéralisme originaire (ou utopique) à la fin du 18<sup>ème</sup> siècle. A l'époque, l'expression « droit au travail » n'était pas encore usitée. Turgot parlait du « droit de travailler ». Ses écrits reflètent parfaitement la conception du droit au travail de ses contemporains, tenants du libéralisme éclairé de son époque.

---

<sup>58</sup> J. SARKIN et M. KOENIG, « Developing the Right to Work : Intersecting and Dialoguing Human Rights and Economic Policy », *Human Rights Quarterly*, Vol. 33, n°1, février 2011, p. 25.

**57. La réalisation du droit au travail** - Suivant la pensée libérale utopique, la suppression des obstacles au libre accès au marché du travail, tels que le système des corporations, allait permettre de créer le plein emploi et de garantir un emploi à tous.

**58.** En 1776, Turgot adopta un Edit portant suppression des jurandes et communautés de commerce, arts et métiers. Le préambule de l'Edit témoigne de « la croyance optimiste (des premiers libéraux) dans la capacité illimitée d'un marché dérégulé d'assurer le travail et l'existence des individus »<sup>59</sup> :

« Chaque individu talentueux ou non doit pouvoir avoir la possibilité d'effectuer quelque travail qu'il souhaite, ou même d'en effectuer plusieurs. Ainsi, cette liberté de travailler pour tous implique la volonté d'abolir les privilèges, les statuts, et surtout les institutions arbitraires qui ne permettent pas aux nécessiteux de vivre de leur travail, et qui semblent condamner la liberté de travail pour tous »<sup>60</sup>.

Le système des corporations est à l'époque jugé responsable du chômage. Il exclut les pauvres. Sur le plan économique, il conditionne l'accès à la profession au paiement d'importantes sommes, au titre d'obligations fiscales ou encore pour le coût de la formation prodiguée au sein de la corporation. Sur le plan sociologique, on observe un certain ségrégationnisme social dans les corporations.

**59.** Dans la conception libérale originaire, le droit au travail va se réaliser par la protection des libertés économiques des individus (liberté d'entreprendre, liberté de commerce et d'industrie, liberté contractuelle et droit de propriété)<sup>61</sup>. Si l'on reporte la conception de Turgot dans nos catégories juridiques actuelles, on pourrait penser que le droit de travailler de Turgot emporte uniquement des obligations négatives dans le chef des Etats. L'Etat doit s'abstenir d'entraver la liberté des individus d'accéder au marché du travail et de choisir leur emploi. Il n'aurait par contre pas d'obligation d'adopter des mesures positives visant à ce que les individus puissent effectivement accéder au marché du travail (obligations de mise en œuvre du droit au travail)<sup>62</sup>. Suivant une classification largement abandonnée depuis les années 1980 au profit de la distinction entre les obligations positives et les obligations négatives découlant des droits

---

<sup>59</sup> F. TANGHE, *Le droit au travail...*, *op. cit.*, p. 104, note de bas de page 36. Voy. également : R. CASTEL, *Les métamorphoses...*, *op. cit.*, p. 302 et s.

<sup>60</sup> Cité dans J.-P. LE CROM, « La liberté du travail en droit français. Essai sur l'évolution d'une notion à usages multiples », <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00647268/document>, 2011, p. 2 (également publié dans *Diritto romano attuale*, Vol. 15, 2006, pp. 139-162).

<sup>61</sup> J.-P. LE CROM, *La liberté du travail...*, *op. cit.*, p. 3.

<sup>62</sup> Turgot avait certes mis en place, dans les années 1770, des ateliers dans lesquels était fourni un travail aux pauvres capables de travailler contre rémunération (voy. *supra*, n°46). Ces ateliers avaient été organisés momentanément par l'Etat pour faire face à un important chômage. Comme leur nom l'indique, il s'agissait d'ateliers « de charité », organisés par l'Etat dans une démarche volontaire et non en exécution d'une obligation positive juridique qui lui incomberait en vertu du droit au travail. Par ailleurs, la libéralisation du marché du travail (notamment par la suppression des corporations en 1776), emportait la promesse qu'à l'avenir, il ne serait plus jamais nécessaire d'organiser ce type d'ateliers.

humains<sup>63</sup>, on serait pareillement tenté de considérer que le droit au travail selon Turgot constitue un droit-liberté<sup>64</sup> et n'emporte aucun droit-créance.

**60.** Une telle conclusion doit toutefois être nuancée. A travers une analyse fine, Tanghe démontre que les écrits de Turgot contenaient en germe le droit au travail entendu comme créance des individus à l'égard de la société<sup>65</sup>.

Turgot définissait le droit au travail comme la première propriété de tout homme, la propriété sur son propre corps. Le droit de travailler correspondait au droit d'utiliser son corps-propriété pour subvenir à ses besoins. Ce droit était, selon lui, d'autant plus fondamental que les pauvres n'avaient pas d'autre propriété que leur corps pour assurer leur survie. Turgot se préoccupe de la possibilité réelle de subvenir à ses besoins par le travail et non seulement à la liberté formelle d'accéder au marché du travail. Il écrit ainsi :

« Nous devons à tous nos sujets de leur assurer la jouissance pleine et entière de leurs droits ; nous devons surtout cette protection à cette classe d'hommes qui, n'ayant de propriété que leur travail et leur industrie, ont d'autant plus le besoin et le droit d'employer dans toute leur étendue, les seules ressources qu'ils aient pour subsister »<sup>66</sup>.

A partir du moment où le droit de travailler est la propriété la plus sacrée de l'homme et que l'Etat a le devoir d'en assurer la protection, il découle de la pensée de Turgot, même si cela demeure de l'ordre de l'impensé à l'époque, que l'Etat devrait prendre des mesures positives pour assurer l'emploi si le marché faisait défaut<sup>67</sup>.

**61.** Dans la pensée des premiers libéraux, le travail n'est donc pas seulement une liberté que l'Etat ne peut restreindre, c'est un droit lié à la subsistance dont la pleine jouissance doit être garantie. Afin de réaliser ce droit, les premiers libéraux pensent qu'il suffit de libéraliser l'accès au marché du travail (droit-liberté). Il va toutefois s'avérer que le chômage persiste malgré la suppression des corporations et l'instauration d'un marché libre du travail. Va alors s'opérer la rupture historique entre les socialistes et libéraux qui vont opposer le droit au

---

<sup>63</sup> Bien que la distinction droit-créance/droit-liberté soit aujourd'hui tombée en désuétude, nous y avons recours car elle a servi de référentiel incontournable pendant près de deux siècles dans l'opposition entre la conception socialiste et la conception libérale classique du droit au travail.

<sup>64</sup> Voy. ainsi J. Van der Ven qui considère qu'à l'époque de la Révolution française, le droit au travail signifiait, dans le pur esprit des droits-libertés, que les hommes devaient être libres de louer leur force de travail où et comment ils l'entendaient (« Sociale Grondrechten », *Tijdschrift voor Algemeen Economische, Bedrijfs-Economische en Sociale Vraagstukken*, Vol. 3, Décembre 1953, p. 100).

<sup>65</sup> F. TANGHE, *Le droit au travail...*, op. cit., pp. 46-55.

<sup>66</sup> Cité dans F. TANGHE, *Le droit au travail...*, op. cit., p. 47. Au sujet des propositions visant à conditionner l'accès au travail au versement de droits, il a ainsi écrit : « On a été jusqu'à dire que le droit de travailler était un droit royal, que le prince pouvait vendre et que les sujets devaient acheter. Nous nous hâtons de rejeter pareille maxime. Dieu, en donnant à l'homme des besoins, en lui rendant nécessaire la ressource du travail, a fait du droit de travailler la propriété de tout homme et cette propriété est la première, la plus sacrée et la plus imprescriptible de toutes. Nous regardons comme un des premiers devoirs de notre justice (...) d'affranchir nos sujets de toutes les atteintes portées à ce droit inaliénable de l'humanité » (Cité dans F. TANGHE, *Le droit au travail entre histoire et utopie...*, op. cit., p. 47).

<sup>67</sup> A l'adoption de sa loi abolissant les corporations en 1791, Le Chapelier formulera expressément cette conclusion. La disparition des solidarités particularistes ne doit selon lui engendrer aucune crainte pour la subsistance des individus car « c'est à la nation, c'est aux officiers publics en son nom, de fournir des travaux à ceux qui en ont besoin pour leur existence » (Cité dans F. TANGHE, *Le droit au travail entre histoire et utopie...*, op. cit., p. 51).

travail comme créance et le droit au travail comme liberté pour les deux siècles à venir. Le droit-créance au travail est considéré comme le seul moyen de réaliser effectivement la liberté du travail (droit-liberté) pour les premiers, alors qu'il aboutit nécessairement à nier la liberté du travail pour les seconds. Ces tensions entre le droit au travail comme créance ou comme liberté seront exposées ci-dessous dans les §§2 et 3.

**62.** *La concrétisation du devoir de travailler* – Dans la conception libérale originelle du droit au travail, les individus ont un devoir moral de travailler pour participer au bon fonctionnement de la société. Suivant la phrase souvent citée de La Rochefoucauld-Lioncourt : « Si celui qui existe a le droit de dire à la société : fais-moi vivre, la société a également le droit de lui dire : donne-moi ton travail »<sup>68</sup>. Les individus ont non seulement un devoir moral de travailler mais ils sont *de facto* placés dans une situation où ils sont contraints de travailler pour assurer leur survie. Les premiers libéraux sont opposés à la consécration d'un droit à l'aumône, supposé entraîner la fainéantise et la paresse<sup>69</sup>.

**63.** La contrainte économique au travail est renforcée par le fait que le vagabondage et la mendicité sont passibles de sanctions pénales. A partir du moment où la libéralisation du marché du travail est supposée permettre à tous les pauvres valides de trouver un emploi, la répression des mauvais pauvres (qui refusent de s'insérer sur le marché du travail) est légitimée<sup>70</sup>. Il faut bien comprendre les exigences de cette idée : la répression de la mendicité n'est en retour éthiquement justifiée qu'à partir du moment où le droit au travail est effectif. « La mendicité n'est un délit que pour celui qui la préfère au travail »<sup>71</sup>. Ce raisonnement conduira à l'organisation d'ateliers de secours au moment de la révolution française, l'octroi d'un travail étant préféré à l'aumône, et indispensable pour légitimer la répression de la mendicité.

**64.** Dans sa dimension de droit-liberté, la conception libérale originaire du droit au travail protège exclusivement la composante positive de la liberté du travail, à l'exclusion de sa dimension négative. Les individus ont le droit de travailler mais ils n'ont pas le droit de ne pas travailler. Au contraire, ils y sont obligés.

---

<sup>68</sup> Comité de mendicité de la Constituante, *Premier rapport*, 1790, cité dans D. MÉDA, *Le travail, une valeur...*, *op. cit.*, p. 91.

<sup>69</sup> F. TANGHE, *Le droit au travail...*, *op. cit.*, p. 67.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>71</sup> C. BLOCH et A. TUETÉY, *Procès-verbaux et rapports du Comité de Mendicité de la Constituante*, Paris, Imprimerie nationale, 1911, p. 317 cités dans F. TANGHE, *Le droit au travail...*, *op. cit.*, p. 68.

### Encadré 3 - La conception libérale originaire du droit au travail

<b>Formulation du droit au travail</b>	Le droit de travailler
<b>Réalisation du droit au travail</b>	Obligations négatives de respecter le libre accès au marché du travail et le libre choix de l'emploi (libertés économiques)  Obligations positives morales mais obligations positives juridiques en latence
<b>Concrétisation du devoir de travailler</b>	Devoir moral de travailler  Contrainte économique au travail (pas de droit à l'aumône, répression de la mendicité et du vagabondage et pas de protection du droit de ne pas travailler)

## §2. La conception socialiste du droit au travail

**65.** Nous identifions une deuxième conception idéal-typique du droit au travail : la conception socialiste dans laquelle le droit au travail correspond à une garantie individuelle d'emploi. Cette conception a été défendue, dans son essence, du 19<sup>ème</sup> siècle à la veille de l'adoption des pactes internationaux, avec des variantes selon les courants de pensée et mouvances politiques qui ont traversé le socialisme. Nous nous appuyons sur deux moments de l'histoire pour identifier les traits essentiels de la conception socialiste du droit au travail : les débats à l'Assemblée parlementaire française en 1848 sur le droit au travail et la formulation soviétique du droit au travail au 20<sup>ème</sup> siècle.

**66.** *La réalisation du droit au travail* - En 1848, coexistent un important chômage de masse et des conditions de travail désastreuses pour ceux qui occupent un emploi. Selon les socialistes, l'épreuve des faits a démontré que la suppression des obstacles au libre accès du marché du travail ne suffisait pas à ce que chacun trouve un emploi. Afin que le droit au travail soit effectivement sécurisé, ils préconisent la reconnaissance d'un droit au travail qui corresponde à une véritable créance de l'individu à l'égard de l'Etat. Au centre du débat en 1848 se trouve donc la distinction entre droit-liberté et droit-créance. Ces termes ne sont toutefois pas encore utilisés à l'époque. L'opposition entre la « liberté du travail » prônée par les libéraux et le « droit au travail » proposé par les socialistes recouvre toutefois la même opposition.

**67.** Dans la lignée de Turgot, les socialistes fondent le droit au travail sur le droit à la vie, entendu comme droit de survivre en subvenant à ses besoins. C'est sur fond du droit à la vie qu'ils critiquent la conception libérale classique du droit au travail comme liberté. Selon eux, la conception libérale classique dévoie le droit au travail de sa visée, le droit à la vie, pour en faire un instrument au service d'une classe<sup>72</sup>.

<sup>72</sup> F. TANGHE, *Le droit au travail...*, op. cit., pp. 61-64. Dans son discours à l'Assemblée nationale, Louis Blanc déclara ainsi : « Est-il vrai, oui ou non, que tous les hommes apportent en naissant un droit à la vie ? Est-il vrai, oui ou non, que le pouvoir de travailler est le moyen de réalisation du droit de vivre ? Est-il vrai, oui et non, que

Alors que Turgot dénonçait le fait que, du temps des corporations et jurandes, le pauvre devait acheter son droit de travailler au prince, Blanc s'offusque que l'ouvrier doive sa vie à une classe qui détient le pouvoir économique, les capitalistes. Selon lui, dans le rapport de force économique actuel, si la loi instaure un marché libre du travail (droit-liberté) sans garantir un droit au travail (droit-créance), elle constitue en réalité un instrument d'exploitation par la classe dominante des autres citoyens. Par la liberté contractuelle et le contrat de travail, l'ouvrier se retrouve dépossédé du produit de son travail mais aussi de son corps-propriété pendant la durée du travail, corps-propriété dont dépend son droit à la vie. La conception libérale classique du droit au travail aboutit à donner le pouvoir aux patrons de nier le droit à l'existence de leurs travailleurs.

**68.** A côté des travailleurs dont la vie dépend de la bonne volonté de leur patron, il y a la masse d'individus qui ne parvient pas à trouver à employer son corps-travail sur le marché. La construction d'un marché libre et concurrentiel s'est concrètement révélée inapte à elle seule à sécuriser concrètement l'accès au marché du travail de tous. Les socialistes reprochent à la liberté du travail des libéraux de n'être concrètement qu'un privilège pour quelques-uns, comparable aux privilèges féodaux auxquels le libéralisme originel entendait pourtant mettre fin.

Afin que la liberté du travail des libéraux ne soit pas un privilège pour quelques-uns, il faut que l'Etat garantisse un emploi à ceux qui veulent travailler mais qui ne trouvent pas de travail sur le marché. Les socialistes estiment ainsi que leur pensée est conforme à l'esprit de Turgot : afin d'assurer à chacun le droit de travailler, il faut selon eux garantir le droit au travail comme créance. Il s'agit de la seule manière de s'assurer que le droit au travail vise le droit à la vie, supposé être à son fondement.

**69.** L'ensemble de ce plaidoyer repose sur la dénonciation des droits formels, accusés de concrètement profiter à la classe dominante, au profit des droits réels, qui permettent de protéger également la liberté de tous<sup>73</sup>. On reprendra, à ce propos, un passage éminemment moderne du discours de Blanc :

« Droit, pouvoir ! Entre ces deux idées, il existe la même différence qu'entre la théorie et la pratique, l'abstraction et la réalité, l'ombre et le corps. Qu'importe que vous disiez à ce paralytique qu'il a le droit de se lever et de marcher ? Il lui en faut le pouvoir. La question se réduit donc à rechercher quel est l'ordre social dans lequel chacun pourrait le mieux développer, à son gré, toutes ses facultés, sans nuire au développement de celles d'autrui (...) Notre idéal est l'état de société dans lequel, chacun ayant le pouvoir d'exercer complètement toutes ses facultés, jouirait de la plus grande somme de liberté qui se puisse concevoir »<sup>74</sup>.

---

si quelques-uns parviennent à s'emparer de tous les instruments du travail à accaparer le pouvoir de travailler, les autres seront condamnés, par cela même, ou à se faire esclaves des premiers, ou à mourir ? Est-il juste que tous ayant apporté, en naissant, le droit à la vie, le pouvoir de réaliser ce droit soit concentré aux mains de quelques-uns, de telle sorte que l'espèce humaine se trouve divisée en deux classes d'hommes dont les uns vendent la vie, que les autres sont réduits à acheter » (cité par F. TANGHE, *Le droit au travail...*, op. cit., p. 61).

<sup>73</sup> F. TANGHE, *Le droit au travail...*, op. cit., p. 64.

<sup>74</sup> Cité dans F. TANGHE, *Le droit au travail...*, op. cit., p. 64.

**70.** En 1848, le travail n'est plus uniquement perçu comme le moyen d'assurer la subsistance ; il constitue également la voie royale d'accomplissement individuel. Ce bouleversement dans la représentation intellectuelle du travail est parfaitement illustré par le discours de Félix Pyat à l'Assemblée nationale, discours qui témoigne par ailleurs de la conception naturelle ou divine des droits humains de l'époque :

« Pour nous, le travail est un don que Dieu a fait à l'homme non pour le punir ou le contenir, mais pour le perfectionner. Quand Dieu a dit à l'homme : tu travailleras, c'est comme s'il lui avait dit : tu t'achèveras, tu seras la conséquence de tes actes, le fils de tes œuvres, ton propre auteur. Le travail est donc un moyen divin qui distingue l'homme de la brute, qui l'affranchit du besoin, qui lui soumet la nature, et qui l'élève jusqu'à la majesté du Créateur. Le travail n'est donc pas une honte, c'est un honneur ; le travail n'est donc pas une servitude, c'est la liberté »<sup>75</sup>.

Dans ces circonstances, le droit au travail est logiquement préféré au droit à l'aumône pour les pauvres valides. Le droit à l'assistance est jugé dégradant en ce qu'il cantonne des citoyens à la survie sans leur offrir la possibilité de s'épanouir et de faire corps avec le reste de la société, détruisant ainsi l'égalité entre citoyens.

**71.** Au 19<sup>ème</sup> siècle, Marx critiquait les déclarations révolutionnaires relatives aux droits humains de la fin du 18<sup>ème</sup> siècle parce que les droits purement formels qu'elles proclamaient masquaient les inégalités de fait. Les droits humains prétendument universels constituaient concrètement, selon lui, un instrument politique au service de la classe dominante. Un siècle plus tard, les Etats communistes vont pourtant intégrer dans leurs constitutions des dispositions relatives aux droits humains mais ces dernières protégeront la liberté réelle des individus<sup>76</sup>. Dans les constitutions des Etats soviétiques, le droit au travail incluait ainsi explicitement une garantie individuelle d'emploi. A titre exemplatif, l'article 118 de la Constitution soviétique de 1936 stipulait : « Les citoyens de l'URSS ont droit au travail, c'est-à-dire le droit de recevoir un emploi garanti, avec rémunération de leur travail, selon sa quantité et sa qualité (...) »<sup>77</sup>.

A la différence des socialistes français en 1848, les Etats communistes s'opposaient à la conception naturelle ou divine des droits humains suivant laquelle les droits humains seraient des prémisses universelles indépendantes de toute conviction morale ou politique. Ils défendaient une conception matérialiste des droits humains suivant laquelle les droits humains sont déterminés par les structures économiques et sociales de la société et dépendent donc du stade de développement historique de la société<sup>78</sup>. Dans la conception socialiste :

---

<sup>75</sup> J. GARNIER (éd.), *Le droit au travail à l'Assemblée nationale...*, op. cit., p. 407.

<sup>76</sup> L. HENKIN, « Rights : Here and There », *Columbia Law Review*, Vol. 81, n°8, 1981, p. 1600.

<sup>77</sup> [http://fr.wikisource.org/wiki/Constitution\\_sovi%C3%A9tique\\_1936](http://fr.wikisource.org/wiki/Constitution_sovi%C3%A9tique_1936). On relèvera que la formule de la garantie d'emploi a également été consacrée dans la constitution de quelques Etats extérieurs au bloc soviétique, et de traditions politiques variées : les Constitutions de la Chine nationaliste (1947), du Luxembourg (1948), de la Syrie (1950), de la Jordanie (1951) ou encore Cuba (1952) (R. L. SIEGEL, *Employment and Human Rights...*, op. cit., p. 61).

<sup>78</sup> F.J.H.C. SMIT, *Passende arbeid als recht van de mens...*, op. cit., p. 82, se référant à des auteurs russes (V. KARTASHKIN, « The Socialist Countries and Human Rights », in K. Vasak, Ph. Alston (dir.), *The International Dimension of Human Rights*, Westport, Greenwood Press, 1982, pp. 631-650 et V. CHKHIKVADZE, « La



« Rights that the individual enjoys (...) do not antecede the state. They are not entitlements based on natural law, original autonomy, or social contract. They are not rights against the state. They are the rights and benefits conferred by the socialist state as aspects of life in a socialist society. They are "rights" in that every citizen earns and enjoys them. They can not be "claimed" against the state or against the people as represented by the highest representative organs, for if the socialist state does not grant a right it does not exist. Rights can only be claimed against particular officials if bureaucratic mistake or inefficiency fails to provide them »<sup>79</sup>.

L'article 118 de la Constitution soviétique de 1936 précisait ainsi comment le droit individuel au travail était concrètement réalisé : « Le droit au travail est assuré par l'organisation socialiste de l'économie nationale, par la croissance continue des forces productives de la société soviétique, par l'élimination de la possibilité des crises économiques et par la liquidation du chômage »<sup>80</sup>.

En 1848, le socialisme est un socialisme utopique, qui n'a pas encore été transposé dans le concret. Dans les discours des socialistes à l'Assemblée nationale, on pouvait identifier différentes propositions, plus ou moins vagues, pour réaliser le droit au travail. Elles assignaient un rôle plus ou moins important à l'Etat dans l'organisation du travail. Elles allaient du maintien de la propriété individuelle et de la libre concurrence avec un Etat employeur de dernier ressort (qui se limiterait à offrir un emploi aux personnes exclues du marché libre du travail)<sup>81</sup> à l'organisation de l'économie autour d'associations encadrées par l'Etat mais destinées à devenir autonomes, avec protection de la propriété collective dans le travail<sup>82</sup>. Ces propositions sont toutefois demeurées au rang des idées sans avoir l'occasion de faire l'épreuve de la réalité.

---

conception socialiste des droits de l'homme », in A. Lapeyre, F. de Tinguy et K. Vasak (dir.), *Les dimensions universelles des droits de l'homme*, Vol. 1, Bruylant, Bruxelles, 1990, pp. 253-263). Selon Kartashkin, dans la conception socialiste des droits humains « (human) rights are not inherent in the nature of man and do not constitute some sort of natural attributes. Rights and freedoms of individuals in any State are materially stipulated and depends on socio-economic, political and other conditions of the development of society, its achievements and progress » (p. 631). Il écrit aussi que « (t)he volume of human rights, their real content and guarantees are determined (...) by the character of the social and economic system of a State. It is therefore only natural that the volume of rights and freedoms granted to the individual is different in member countries of the UN. (...) each State regulates their volume » (p. 637).

<sup>79</sup> L. HENKIN, « Rights : Here and There », *op. cit.*, pp. 1599.

<sup>80</sup> [http://fr.wikisource.org/wiki/Constitution\\_sovi%C3%A9tique\\_1936](http://fr.wikisource.org/wiki/Constitution_sovi%C3%A9tique_1936)

<sup>81</sup> Mathieu de la Drôme, parlementaire républicain, proposait par exemple que l'Etat soit obligé d'offrir un emploi aux personnes qui démontrent qu'en dépit de leurs efforts, elles n'ont pu trouver un emploi sur le marché libre du travail : « L'individu doit chercher par ses efforts à se créer une position honnête, indépendante dans la société. Mais je suppose que, nonobstant tous ses efforts, il vienne à échouer : il y a un devoir à remplir de la part de l'Etat ; c'est à l'Etat ou aux départements ou aux communes (...) à recueillir les individualités qui peuvent avoir été jetées en dehors du libre mouvement industriel, et à employer ces individualités à des travaux d'utilité publique, comme cela s'est fait, au surplus, dans tous les temps ». Selon de la Drôme, pour des raisons de justice, ce devoir moral devait devenir obligation juridique, par la reconnaissance explicite du droit au travail dans la Constitution (Discours de Mathieu de la Drôme, in J. GARNIER (éd.), *op. cit.*, p. 60 et s.

<sup>82</sup> Cette dernière proposition a été développée par Louis Blanc et défendue par la Commission de gouvernement pour les travailleurs (dite Commission du Luxembourg) (qui avait été chargée de réfléchir et de proposer une nouvelle organisation du travail au printemps 1848). A ce sujet, voy. : F. TANGHE, *Le droit au travail...*, *op. cit.*, pp. 153-164.

**72. La concrétisation du devoir de travailler** – Dans la conception socialiste du droit au travail, le droit au travail ne contient pas le droit de ne pas travailler. Le travail est au fondement de la société socialiste ; les individus ont un devoir moral de travailler vis-à-vis de la société<sup>83</sup>. Alors que, dans la conception libérale classique, le devoir moral se mue en contrainte économique de participer au marché du travail pour assurer sa subsistance, le devoir moral de travailler prend la forme d'une contrainte juridique passible de sanctions dans les régimes communistes. Dans la Constitution soviétique de 1936, le devoir général de travailler est ainsi consacré à l'article 12, alors que le droit au travail ne figure que bien après, à l'article 118. Conformément à l'article 12, « le travail, en URSS, est pour chaque citoyen apte au travail un devoir et une question d'honneur selon le principe : « Qui ne travaille pas, ne mange pas ». En URSS se réalise le principe du socialisme : « De chacun selon ses capacités, à chacun selon son travail » »<sup>84</sup>.

**73.** Dans les discours à la tribune en 1848, les socialistes considèrent que le droit au travail devrait porter sur un emploi convenable, c'est-à-dire à un emploi qui corresponde à la formation et aux capacités de l'individu et qui lui permette dès lors d'affirmer son individualité<sup>85</sup>. Le devoir de travailler serait ainsi circonscrit aux emplois dans lesquels l'individu peut se réaliser. Nous verrons dans le paragraphe suivant que les libéraux en tirent argument pour avancer que le droit au travail des socialistes serait irréalisable.

Dans les régimes communistes du 20<sup>ème</sup> siècle, les individus ont certes l'obligation légale de principe de travailler mais ils auraient également la liberté de choisir leur travail<sup>86</sup>. Cette liberté individuelle doit toutefois être tempérée par le fait que, dans la conception communiste des droits, les individus ne peuvent jouir de leurs droits et libertés que, pour autant qu'ils soient compatibles avec le socialisme, et ne nuisent pas à la société socialiste ou à l'Etat socialiste<sup>87</sup>. Dans le Chapitre X de la Constitution soviétique de 1936 consacrée aux droits et devoirs fondamentaux des citoyens, l'article 130 dispose ainsi que « chaque citoyen de l'URSS est tenu d'observer la constitution de l'Union des Républiques soviétiques socialistes, d'exécuter les lois, d'observer la discipline du travail, de remplir honnêtement son devoir social, de respecter les règles de la vie en société socialiste »<sup>88</sup>. De façon encore plus explicite, la Constitution soviétique de 1977 disposera en son article 39, §2 : « Enjoyment by citizens of their rights and freedoms must not be to the detriment of the interests of society or the state, or infringe the rights of other citizens »<sup>89</sup>.

<sup>83</sup> L. HENKIN, « Rights : Here and There », *op. cit.*, p. 1600.

<sup>84</sup> [http://fr.wikisource.org/wiki/Constitution\\_sovi%C3%A9tique\\_1936](http://fr.wikisource.org/wiki/Constitution_sovi%C3%A9tique_1936).

<sup>85</sup> F. TANGHE, *Le droit au travail...*, *op. cit.*, pp. 111-113.

<sup>86</sup> L'article 60 de la Constitution soviétique de 1977 précisera en ce sens que le devoir de travailler porte sur un emploi librement choisi : « It is the duty of, and matter of honour for, every able-bodied citizen of the USSR to work conscientiously in his chosen, socially useful occupation, and strictly to observe labour discipline. Evasion of socially useful work is incompatible with the principles of socialist society ».

<sup>87</sup> L. HENKIN, « Rights : Here and There », *op. cit.*, pp. 1599 et 1601. A propos du libre choix de l'emploi, il écrit : « (f) freedom of choice is allowed so far as it is consistent with socialism, for example, the choice of career if it is conducive to the best interests of society » (*Ibid.*, p. 1601).

<sup>88</sup> [http://fr.wikisource.org/wiki/Constitution\\_sovi%C3%A9tique\\_1936](http://fr.wikisource.org/wiki/Constitution_sovi%C3%A9tique_1936).

<sup>89</sup> <http://www.departments.bucknell.edu/russian/const/77cons02.html#chap07>.

**74.** Selon les libéraux, l'organisation socialiste du travail détruit la liberté de choisir son emploi. Le devoir général de travailler aboutirait à des situations de travail forcé. La fonction de cohésion sociale du travail (qui se manifeste à travers le devoir général de travailler) prendrait le pas sur la fonction d'autoréalisation du travail. La liberté de choix des individus serait niée ; le travail ne serait dès lors plus une voie de réalisation personnelle<sup>90</sup>. Le droit au travail, dans la conception socialiste, ne serait dès lors pas un droit humain mais un instrument au service de la réalisation de la société socialiste. Comme l'écrit Teuben en 1955 :

« In het collectivisme loopt de arbeid onafwendbaar gevaar, om zijn persoonlijk karakter te verliezen. Het doorgevoerde principe van arbeidsplicht leidt tot arbeidsdwang. De omstandigheden, waarin de arbeider dan komt te verkeren, zijn te vergelijken met die van de soldaat : voortdurend leeft hij een mobilisatie-toestand. Maar juist dan is de arbeid als menselijke faculteit onvolwaardig geworden en kan er dus geen sprake meer zijn van en recht op arbeid. De garantie van een recht op arbeid in strikte zin is daarom in een collectivische economie in wezen ten aanzien van dit recht een utopie en ten aanzien van de arbeidsvrijheid ontaardt zij in een tyrannie »<sup>91</sup>.

Dans l'approche socialiste, la tension entre la cohésion sociale et l'épanouissement individuel, les deux fonctions assignées au travail, est couverte par l'idée que l'intérêt des individus coïnciderait toujours parfaitement avec celui de la société, dès lors que l'individu ne pourrait se réaliser que dans une société socialiste<sup>92</sup>.

#### Encadré 4 - La conception socialiste du droit au travail

<b>Formulation du droit au travail</b>	Le droit au travail La garantie individuelle d'emploi
<b>Réalisation du droit au travail</b>	Obligation positive et de résultat de garantir à tous les individus un emploi (Etat employeur de dernier ressort dans une économie de marché v. Etat grand organisateur d'une économie planifiée)
<b>Concrétisation du devoir de travailler</b>	Devoir moral de travailler Contrainte juridique au travail dans les régimes communistes du 20 <sup>ème</sup> siècle (obligation générale de travailler, passible de sanctions, pas de droit de ne pas travailler) Contrainte limitée par le libre choix de l'emploi (qui doit toutefois être en harmonie avec l'intérêt de la société socialiste dans les régimes communistes du 20 <sup>ème</sup> siècle).

<sup>90</sup> En ce sens, voy. également : F.J.H.C. SMIT, *Passende arbeid als recht van de mens...*, op. cit., pp. 82-85.

<sup>91</sup> DR. H. N. TEUBEN, *Recht op arbeid*, op. cit., pp. 80-81 ; voy. également H. BÜLCK, *Die Zwangsarbeit im Friedensvölkerrecht*, op. cit., p. 167, cité dans DR. H. N. TEUBEN, *Recht op arbeid*, op. cit., p. 81.

<sup>92</sup> V. CHKHIKVADZE, « La conception socialiste des droits de l'homme », op. cit., p. 260 : « L'unité des droits et des devoirs découle de l'harmonie entre les intérêts de la communauté et ceux de l'individu, ce qui est un des principes majeurs du comportement socialiste ». Voy. également : F.J.H.C. SMIT, *Passende arbeid als recht van de mens...*, op. cit., p. 84 et Johannes MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights : Origins, Drafting, and Intent*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1999, p. 161.

### §3. La conception libérale classique du droit au travail

**75.** Comme pour la conception socialiste, nous allons identifier les traits idéal-typiques de la conception libérale classique à partir de l'examen de deux moment-clés : le débat constitutionnel sur le droit au travail de 1848 en France et la formulation libérale du droit au travail au début du 20<sup>ème</sup> siècle dans certains Etats libéraux.

**76.** *La réalisation du droit au travail* - Les libéraux conçoivent le droit au travail comme un droit-liberté, qui impose aux Etats de s'abstenir d'entraver le libre accès au marché du travail et le libre choix de l'emploi (obligations négatives). Concrètement, le droit au travail, comme droit-liberté, implique, comme la conception libérale originaire, la protection des libertés économiques (liberté d'entreprendre, liberté de commerce et d'industrie, liberté contractuelle et droit de propriété). La conception libérale classique veille en outre à la protection des libertés civiles que constituent l'interdiction du travail forcé et la liberté de choisir son emploi.

**77.** En 1848, les libéraux opposent cette conception du droit au travail à la conception socialiste du droit au travail comme créance. Plus précisément, ils opposent la « liberté du travail » à la proposition socialiste du « droit au travail ». Comme les socialistes, ils se prévalent de Turgot et considèrent que son 'droit de travailler' est un droit-liberté et ne peut en aucune manière être rapproché du 'droit au travail' des socialistes :

« Le droit au travail diffère essentiellement de tous les droits dont les Constitutions ont pour objet de protéger, de garantir le libre exercice. Toutes ces facultés, en effet, sont inhérentes à l'homme ; chaque individu peut les exercer et les développer dans la sphère de son action personnelle ; c'est une puissance qu'il n'emprunte pas, et qu'il demande seulement à la société de faire respecter en lui. La liberté de pensée, la liberté d'écrire, la liberté de travailler et de posséder sont dans ce cas. Il ne faut pas confondre le droit au travail, cette prétention des socialistes, avec le droit de travailler, cette propriété de tout homme, dont Turgot a dit, avec raison, qu'elle était la première, la plus sacrée et la plus imprescriptible de toutes. Le droit de travailler n'est pas autre chose que la liberté qui appartient à chaque individu de faire de son intelligence, de ses bras et de son temps, l'emploi qu'il juge le plus profitable ; tandis que le droit au travail est une action que l'on donne à l'individu contre la société »<sup>93</sup>.

**78.** Alors que les socialistes voient dans « le droit au travail » (droit-créance) « une condition de réalisation de la liberté du travail », les libéraux considèrent que le droit au travail (droit-créance) aboutira à « détrui(re) la liberté du travail »<sup>94</sup>. Par la destruction de la « liberté du travail », les libéraux visent la dénégation des libertés économiques mais également de la liberté civile de choisir librement son emploi. Il conduira aussi bien à la dénégation des libertés économiques que des libertés civiles fondamentales.

---

<sup>93</sup> Opinion inédite de Monsieur Léon Faucher, Représentant de la Marne, in J. GARNIER (éd.), *Le droit au travail à l'Assemblée nationale...*, op. cit., p. 344.

<sup>94</sup> F. TANGHE, *Le droit au travail...*, op. cit., p. 45.

79. Selon eux, si l'individu peut s'extirper des règles de la loi de l'offre et de la demande sur le marché libre du travail et forcer l'Etat à lui donner un emploi, s'instaure un ordre nouveau dans lequel la liberté du travail devient un privilège. L'instauration d'un marché libre du travail dans lequel les individus entrent en concurrence visait à abolir les anciens privilèges et à instaurer une société égalitaire. La consécration d'un droit au travail aboutirait à créer de nouveaux privilèges et un ordre nouveau, l'« aristocratie des prolétaires »<sup>95</sup>. Les libéraux craignent également que les socialistes s'appuient sur le droit au travail pour ensuite postuler l'expropriation du capital<sup>96</sup> :

« Vous me dites : j'ai le droit de demander du travail, lorsque je n'ai pu m'en procurer, soit à mes concitoyens, soit à la société. Du travail ! L'aptitude au travail, vous l'avez en vous-même ; vous voulez me dire sans doute que vous avez le droit de demander des matériaux sur lesquels vous voudriez exercer votre activité physique ou intellectuelle, l'instrument que vous avez besoin de mettre au bout de votre bras. Voilà donc un droit, une action contre la société pour obtenir, en cas de besoin, des matériaux et des instruments pour travailler »<sup>97</sup>.

Enfin, ils avaient la conviction que le droit au travail des socialistes conduirait inévitablement à une planification intégrale de l'organisation du travail par l'Etat<sup>98</sup>. Leur argumentation était renforcée par le fait, qu'à partir du moment où le travail devait permettre aux individus de s'épanouir et de se réaliser – opinion partagée par les socialistes et les libéraux –, le droit au travail des socialistes, s'il était inscrit dans la Constitution, devrait nécessairement porter sur un emploi convenable, qui permette aux individus de déployer leurs talents et compétences (cf. *supra*, n°47). Léon Faucher déclare ainsi :

« Le droit au travail n'a de sens, ni de valeur, s'il ne veut pas dire que tout individu, s'adressant à l'Etat pour obtenir de l'emploi, aura droit au genre d'emploi auquel il est propre : que le laboureur pourra demander qu'on lui confie une charrue à conduire et des terres à cultiver ; que le tailleur recevra une commande de vêtements ; que l'on donnera au mécanicien une locomotive à construire ; que le peintre sera chargé de décorer les palais ou les églises ; que l'historien trouvera des auditeurs pour ses leçons ou des lecteurs pour ses écrits »<sup>99</sup>.

Dès lors, le droit au travail des socialistes impliquerait que l'Etat fournisse aux individus un emploi mais également un salaire qui corresponde à l'ancienne profession de l'individu. Les salaires ne suivraient plus la fluctuation des marchés, ce qui conduirait inéluctablement, selon les libéraux, à une organisation complète de la production et de la consommation par l'Etat<sup>100</sup>.

---

<sup>95</sup> F. TANGHE, *Le droit au travail...*, op. cit., p. 56.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 57.

<sup>97</sup> Discours de M. Dufaure, in J. GARNIER (éd.), *Le droit au travail à l'Assemblée nationale...*, op. cit., p. 275.

<sup>98</sup> F. TANGHE, *Le droit au travail...*, op. cit., p. 57.

<sup>99</sup> Opinion inédite de Monsieur Léon Faucher, Représentant de la Marne, in J. GARNIER (éd.), *Le droit au travail à l'Assemblée nationale...*, op. cit., p. 346.

<sup>100</sup> F. TANGHE, *Le droit au travail...*, op. cit., p. 113.

Selon les libéraux, le droit au travail des socialistes aboutit donc nécessairement à la destruction de l'ensemble des libertés économiques (liberté d'entreprendre, liberté de contracter, droit de propriété).

**80.** La planification par l'Etat de la production et de la consommation aboutira par ailleurs, selon eux, « à une formation et à une répartition autoritaire des forces de travail »<sup>101</sup>. Le droit au travail entraînera une emprise tentaculaire de l'Etat sur la société civile<sup>102</sup>, alors que le libéralisme originaire visait au contraire à supprimer toute mainmise du pouvoir extérieur sur la collectivité par la mise en place d'une société de marché. Dans ces circonstances, le droit au travail, qui était supposé bénéficier aux prolétaires, en viendra à détruire leur liberté du travail. En effet, si l'Etat doit garantir un travail à tous, il décidera du travail qui doit être fourni par les individus, en fonction des besoins qu'il aura définis. Dans un tel contexte, les individus ne pourront choisir librement ni le type de travail qu'ils vont effectuer, ni leur employeur, ni leur lieu de travail. Faucher anticipe les effets du droit-créance au travail en ces termes :

« On le voit, le droit au travail dans les individus suppose nécessairement le monopole du travail dans les mains de l'Etat. Nous remontons à l'enfance des sociétés. On traite l'homme émancipé, parvenu à l'âge de la liberté, de la force et des lumières, comme les peuples encore ignorants consentaient à être traités par le pouvoir qui les mettait en tutelle. Il s'agit de renverser tous les procédés à l'aide desquels la civilisation a marché jusqu'à présent dans le monde. On veut nous mener par la démocratie au despotisme, et au monopole par le suffrage universel. Tout ce que l'Assemblée constituante de 1789 a irrévocablement fondé, l'on vient demander à l'Assemblée constituante de 1848 de l'abroger et de le détruire »<sup>103</sup>.

L'expérience soviétique au 20<sup>ème</sup> siècle confortera la conviction des libéraux que la planification de la production et des besoins par l'Etat conduit à des situations de travail forcé. Alors qu'il en était peu question lors du débat en 1848, les libéraux insisteront au 20<sup>ème</sup> siècle sur le fait que le droit-liberté au travail protège non seulement les libertés économiques mais également les libertés civiles fondamentales que sont l'interdiction du travail forcé et le droit au travail librement choisi (cf. *infra*, n°114 et 121).

**81.** Les libéraux focalisent leurs arguments contre la proposition socialiste du droit au travail comme véritable garantie individuelle d'emploi. La conception socialiste et la conception libérale classique se sont en effet construites et précisées par opposition l'une à l'autre. La conception libérale du droit au travail s'oppose toutefois plus largement à toute forme de reconnaissance juridique du droit au travail comme créance, qu'il emporte une obligation de résultat ou de moyens dans le chef de l'Etat. Elle se distingue ainsi également de la conception réformatrice - que nous développerons ci-après - dans laquelle le droit au travail ne contient pas de garantie individuelle d'emploi (pas d'obligations positives de résultat) mais

---

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 57.

<sup>102</sup> F. TANGHE, *Le droit au travail...*, op. cit., p. 113.

<sup>103</sup> Opinion inédite de Monsieur Léon Faucher, Représentant de la Marne, in J. GARNIER (éd.), *Le droit au travail à l'Assemblée nationale...*, op. cit., pp. 351-352.

implique que l'Etat prenne des mesures pour réaliser progressivement le plein emploi (obligations positives de moyens).

Les libéraux ne rejettent pas l'importance de l'exigence éthique que toute personne désireuse de travailler puisse effectivement trouver un emploi sur le marché du travail. Ils lui reconnaissent le statut de droit humain sur le plan philosophique<sup>104</sup>. Ils refusent par contre de reconnaître, dans un instrument juridique, un droit-créance au travail dont pourraient découler des obligations juridiques quelconques.

Malgré la crise de 1848, les libéraux demeurent convaincus que la meilleure garantie factuelle de réalisation de ladite exigence éthique est la concurrence, l'industrialisation et le productivisme<sup>105</sup>. Ils sont toutefois contraints d'admettre que la société de plein emploi rêvée par les premiers libéraux n'est pas advenue spontanément par la suppression des obstacles à la libre concurrence. Ils avancent alors que sa mise en place peut nécessiter des interventions étatiques momentanées<sup>106</sup>. Après la crise des années 30, les Etats libéraux admettront que la poursuite du plein emploi constitue un élément de la politique économique et sociale, sans qu'elle ne puisse toutefois en aucune manière dépasser le stade d'obligation morale pour les Etats. Certains Etats libéraux intégreront le droit au travail, au titre de principe, dans le préambule de leur Constitution, plutôt que dans la partie dédiée aux droits. Le droit au travail demeurera par ailleurs absent d'un bon nombre des Constitutions des Etats libéraux, qui ne consacrent que les libertés économiques et l'interdiction du travail forcé<sup>107</sup>.

**82. La concrétisation du devoir de travailler** – Sur le plan juridique, les libéraux considèrent que le droit au travail contient l'interdiction du travail forcé et la liberté de choisir son travail. Par opposition à la conception socialiste du droit au travail, le devoir général de travailler de l'individu vis-à-vis de la société est expressément écarté dans l'espace juridique des libéraux. Ces derniers affirment que le droit au travail contient également le droit de ne pas travailler.

On sait pourtant que le devoir moral de travailler est logé au cœur de la société libérale moderne, dont le bon fonctionnement repose sur la participation de tous au marché du travail. Dans la conception libérale du droit au travail, ce n'est pas la contrainte juridique qui sert de bras armé au devoir moral de travailler, c'est la pression économique. En effet, la conception libérale classique exclut toute reconnaissance juridique d'un droit à l'aumône, laquelle doit demeurer dans le domaine de la charité<sup>108</sup>. La mendicité et le vagabondage sont par ailleurs réprimés. Dans ces circonstances, les socialistes considèrent que la conception libérale classique, en excluant toute reconnaissance du droit au travail comme créance, admet l'exploitation forcée des prolétaires par les capitalistes<sup>109</sup>. La liberté du travail des libéraux usurperait la qualification de droit humain et ne constituerait en réalité qu'un instrument politique au service des capitalistes. On ne résistera pas à reproduire ici un extrait du discours

---

<sup>104</sup> Sur la conception philosophique des droits humains, voy. *supra*, n°31.

<sup>105</sup> F. TANGHE, *Le droit au travail...*, *op. cit.*, pp. 187-196.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 195.

<sup>107</sup> J. VAN DER VEN, « *Right to Work as Human Right* », *op. cit.*, p. 404.

<sup>108</sup> F. TANGHE, *Le droit au travail...*, *op. cit.*, pp. 81-85.

<sup>109</sup> *Ibid.*, pp. 59-65. Voy. également : K. MARX, *Ebauche d'une critique de l'économie politique...*, *op. cit.*, p. 61, cité dans D. MÉDA, *Le travail, une valeur...*, *op. cit.*, p. 106.

de Mathieu de la Drôme, un homme politique républicain français, qui illustre parfaitement la critique socialiste à l'encontre de la conception libérale classique du droit au travail :

« Tout ce qui existe est possédé : terre, usines, maisons, fabriques, instruments quelconques du travail, tout a un maître, tout a un propriétaire ; l'homme qui ne possède rien, l'homme qui est venu au monde dans un dénuement absolu, le prolétaire, puisqu'il faut dire le nom, ne peut vivre évidemment que du produit de la propriété d'autrui. Ainsi voilà un homme qui est nécessairement placé sous la dépendance d'un autre homme.

Mais, si le propriétaire est maître absolu de son champ, de son usine, il est évident qu'il est maître aussi de régler, comme il l'entend, le salaire des hommes qu'il emploie ou à la culture de son champ ou à l'exploitation de son usine. Et, en effet, puisque tous les droits sont de son côté, puisqu'aucun droit n'existe du côté du prolétaire, ce que j'avance ne saurait être sujet à contestation. Mais, me dira-t-on, l'ouvrier est libre de refuser son travail. C'est dire tout simplement qu'il est libre de mourir de faim. S'il se mutine, s'il fuit ou le champ ou l'atelier, dans l'espoir de faire augmenter son salaire, qu'est-ce que le maître a à faire ? Il n'a qu'à se croiser les bras, à attendre quelque temps ; la faim ne tardera pas à ramener le fugitif (...) ».

Ces observations font immédiatement penser à l'étude et à la dénonciation de la 'commodification' des individus sur le marché libéralisé de Marx et Polanyi<sup>110</sup>. L'avènement de la société de marché emporte la commodification, parfois traduite 'marchandisation' en français, des individus amenés à vendre leur force de travail sur le marché 'libre' du travail. Les travailleurs ne sont toutefois pas une marchandise comme les autres car, à la différence des autres marchandises, ils doivent assurer leur survie, et ne peuvent donc différer leur entrée sur le marché du travail jusqu'à ce que le salaire proposé soit convenable. Dans ces circonstances le jeu du marché est faussé et la liberté des individus de choisir leur emploi relève de la fiction.

Mathieu de la Drôme en conclut :

« Ainsi que je l'ai dit, l'homme qui ne possède pas se trouve placé sous la dépendance de celui qui possède, il est à sa merci, il est à sa discrétion. Celui qui possède, en lui donnant le travail, auquel, suivant vous, il n'a aucune espèce de droit, lui fait une faveur. Or, quand on veut faire une faveur, on est libre d'en régler les conditions comme on l'entend. En réalité, il est certain que l'homme qui ne possède pas est l'esclave de celui qui possède. (...) »

Ceux de vous qui n'admettent pas que le travail soit un droit admettent au moins que le travail est une nécessité. Eh bien ! Je défierais tous les hommes du monde de soutenir qu'une nécessité qui n'est pas protégée par un droit ne conduit pas nécessairement à la servitude. C'est une question fort grave, Messieurs. Tout homme qui y réfléchira,

---

<sup>110</sup> K. POLANYI, *La Grande Transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, Gallimard, 1983 (originellement publié en 1944).



reconnaitra que, partout où il y a une nécessité, si cette nécessité n'est pas protégée par un droit positif, par un droit sérieux, elle conduit à la servitude, à l'esclavage »<sup>111</sup>.

Suivant la distinction opérée par Pierre Kende entre deux variantes du travail forcé, le travail serait effectué sous la contrainte étatique dans le système socialiste alors qu'il serait accompli sous la contrainte économique dans le libéralisme classique<sup>112</sup>.

#### Encadré 5 - La conception libérale classique du droit au travail

<b>Formulation du droit au travail</b>	Le droit-liberté au travail La liberté du travail
<b>Réalisation du droit au travail</b>	Obligations juridiques négatives de respecter le libre accès et le libre choix de l'emploi (libertés économiques et civiles) Obligations morales positives
<b>Concrétisation du devoir de travailler</b>	Devoir moral de travailler Devoir général de travailler exclu sur le plan juridique par l'affirmation du droit de ne pas travailler (interdiction du travail forcé) et le droit au libre choix de l'emploi Mais contrainte économique au travail (pas de droit à l'aumône)

#### §4. La conception réformiste du droit au travail

**83.** Dès le milieu du 19<sup>ème</sup> siècle s'élabore une conception du droit au travail intermédiaire entre la conception socialiste et la conception libérale classique. Il était assez difficile de dénommer cette conception dès lors qu'elle a été proposée, dans les mêmes traits généraux, par différentes écoles de pensée. Nous avons retenu l'appellation générique de « conception réformiste ». Par réformisme, nous visons toute doctrine politique qui vise à améliorer les structures existantes, économiques et sociales, par des modifications légales progressives, plutôt que par une révolution. Cette dénomination permet d'englober aussi bien le socialisme réformiste - qui vise à réformer progressivement le libéralisme pour *in fine* le dépasser et instaurer le socialisme -, que la social-démocratie dans son sens contemporain<sup>113</sup> – qui a abandonné toute volonté de dépassement du libéralisme mais entend y apporter des correctifs sociaux. Il permet également de couvrir le social-libéralisme, courant de pensée libéral qui s'est ouvert à certaines thématiques socialistes. Ce dernier courant pourrait être qualifié de

<sup>111</sup> Discours de Monsieur Mathieu de la Drôme, in J. GARNIER (éd.), *Le droit au travail à l'Assemblée nationale*, op. cit., pp. 61-62.

<sup>112</sup> P. KENDE, « L'intérêt personnel dans le système d'économie socialiste », *Revue économique*, Vol. 10, n°3, 1959, p. 348.

<sup>113</sup> Sur la social-démocratie, voy. J. T. KLOPPENBERG, *Uncertain Victory. Social Democracy and Progressivism in European and American Thought, 1870-1920*, New York, Oxford University Press, 1986.

libéralisme réformiste en ce qu'il propose de réformer le libéralisme pour promouvoir la justice sociale et mieux concilier la liberté et l'égalité.

Ces courants de pensée réformistes partagent le constat que la conception socialiste et la conception libérale classique échouent à articuler le droit au travail comme créance et le droit au travail comme liberté, l'un prenant inmanquablement le pas sur l'autre dans chacune des deux conceptions. Dans la conception socialiste, le droit au travail conçu comme une garantie individuelle d'emploi par les individus a un revers : le devoir légal réciproque de travailler. La conception socialiste du droit au travail nie *de lege* la liberté du travail. En se bornant à protéger la liberté formelle du travail, la conception libérale du droit au travail prive *de facto* les individus de la jouissance concrète de la liberté du travail, certains ne parvenant pas à trouver un emploi sur le marché du travail, les autres se voyant contraints d'accepter les conditions de travail imposées unilatéralement par l'employeur.

Les réformistes partagent avec les libéraux et les socialistes la conviction que le travail n'a valeur de droit humain que s'il permet aux individus de s'épanouir et de se réaliser. A défaut, le droit au travail est réduit au rang d'instrument politique au service de l'idéologie libérale (cf. *supra*, n°40-42). La liberté du travail (entendue comme libre choix de l'emploi) est donc un enjeu central. Les réformistes cherchent à trouver l'articulation optimale entre la liberté formelle et la liberté réelle du travail. Ils visent à sécuriser au mieux le droit au travail comme créance (liberté effective) sans porter atteinte au droit au travail dans sa dimension de liberté (liberté formelle).

**84. La réalisation du droit au travail** - Les réformistes estiment que les Etats ne peuvent s'abstenir d'intervenir sur la question du travail. S'abstenir est en soi une forme d'intervention<sup>114</sup>. Selon les réformistes, les Etats ont le devoir de mettre en œuvre des politiques concrètes en vue de réaliser le droit au travail (obligations positives). Ces obligations ne peuvent demeurer cantonnées dans le domaine de la morale comme le plaident les libéraux. Les réformistes plaident pour la reconnaissance juridique du droit au travail dans sa dimension de créance. Dans cette dimension, le droit au travail est, dans leur conception, un droit programmatique ; il n'impose pas aux Etats de garantir immédiatement à chaque individu un travail (comme c'est le cas dans la conception socialiste) mais il les engage à sécuriser progressivement la liberté effective des individus à accéder à un emploi.

Lors du débat à l'Assemblée nationale française en 1848, des parlementaires, issus de différents courants politiques, exprimèrent déjà ce type de positionnement. Adolphe Billault, d'orientation libérale, défendra l'inscription du droit au travail dans la Constitution en ces termes : « Il s'agit d'écrire dans le préambule de notre Constitution un devoir dont nous aurons ensuite à réaliser l'accomplissement. C'est du principe qu'il s'agit en ce moment, c'est lui qu'il faut écrire pour lier le gouvernement et lui faire un devoir constitutionnel de se

---

<sup>114</sup> Dans son discours à l'Assemblée nationale en 1848, le parlementaire libéral Adolphe Billault affirmait en ce sens : « Non, Messieurs, il ne faut pas dire qu'une société puisse ainsi s'isoler des intérêts qui la composent, qu'un gouvernement puisse rester les bras croisés au milieu de ce conflit permanent qui est la vie sociale ; il faut bien qu'il se mêle à cette vie et qu'il y joue son rôle ; il le fait plus ou moins heureusement, avec plus ou moins d'habileté. Il peut faire ou beaucoup de bien ou beaucoup de mal dans les affaires, mais il ne peut pas s'abstenir » (Discours de Monsieur Adolphe Billault, in J. GARNIER (éd.), *Le droit au travail à l'Assemblée nationale... op. cit.*, p. 261). Voy. également : F. Tanghe, *Le droit au travail..., op. cit.*, pp. 118-119.

préoccuper sans relâche de sa réalisation »<sup>115</sup>. Le républicain progressiste Alexandre-Auguste Ledru-Rollin développa un plaidoyer dans le même sens :

« Quand vous inscrirez le droit au travail, vous ne serez pas forcés de l'avoir organisé dès le lendemain (...) quand je demande que le droit au travail soit inscrit dans la Constitution, c'est parce que les constitutions sont faites pour l'avenir, parce qu'elles doivent être durables, parce qu'elles sont des jalons dans la marche de l'humanité (...) je ne demande pas que cette organisation soit créée en quelques jours ; je comprends qu'il y a, qu'il doit y avoir des transitions, des tempéraments ; mais (...) est-ce une raison pour que le droit au travail soit rejeté ? Posez votre but, pour que toutes vos lois y convergent incessamment »<sup>116</sup>.

Parmi les Etats qui inscriront le droit au travail dans leur Constitution d'après-guerre, la plupart d'entre eux n'y incluront pas de formule de garantie d'emploi mais s'engageront de façon plus ou moins précise à poursuivre la réalisation progressive du droit au travail. Ainsi, la Constitution du Vénézuëla de 1947 disposait que « the state should take steps to enable every person to obtain his livelihood through work » ; quant à l'Italie, elle s'était engagée dans une Constitution de la même année « to promote conditions that render the right effective ». Citons encore le Gouvernement des secteurs ouest de Berlin qui s'était engagé en 1950 à rendre le droit au travail effectif « by means of a policy aiming at full employment and economic planning »<sup>117</sup>.

**85.** La conception réformiste du droit au travail engage les Etats à promouvoir le plein emploi tout en respectant les libertés individuelles, parmi lesquelles le libre choix de l'emploi. Cette exigence est au centre du rapport 'Full Employment in a Free Society' rédigé en 1944 par le célèbre social-libéral William Beveridge<sup>118</sup> :

« The Report, as its title indicates, is not concerned simply with the problem of full employment. It is concerned with the necessity, possibility and methods of achieving full employment in a free society, that is to say, subject to the proviso that all essential citizen liberties are preserved. (...) For the purpose of this Report they are taken as freedom of workshop, speech, writing, study and teaching ; freedom of assembly and of association for political and other purpose, including the bringing about of a peaceful change of the governing authority ; *freedom in choice of occupation* ; and freedom in the management of a personal income. The proviso excludes the totalitarian solution of full employment in a society completely planned and regimented by an irremovable dictator »<sup>119</sup>.

Beveridge considère que la poursuite et le maintien du plein emploi est une question plus complexe dans une société libre que sous un régime autoritaire<sup>120</sup>. Plus précisément, à propos du respect de la liberté du travail, il explique que : « freedom in choice of occupations makes

---

<sup>115</sup> Discours de M. Billault, in J. GARNIER (éd.), *Le droit au travail à l'Assemblée nationale...*, op. cit., p. 257.

<sup>116</sup> Discours de M. Ledru-Rollin, in J. GARNIER (éd.), *Le droit au travail à l'Assemblée nationale...*, op. cit., p. 123.

<sup>117</sup> R. L. SIEGEL, *Employment and Human Rights, The International Dimension*, op. cit., p. 61.

<sup>118</sup> W. H. BEVERIDGE, *Full Employment in a Free Society*, Londres, George Allen & Unwin LTD, 1944.

<sup>119</sup> W. H. BEVERIDGE, *Full Employment in a Free Society*, op. cit., p. 21, §11.

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 21, §11 et p. 23, §17.

it harder to ensure that all men at all times are occupied productively ; It makes it impossible to retain men forcibly in particular work or to direct them to it with the threat of imprisonment if they refuse to go (...)»<sup>121</sup>.

**86.** Les réformistes s'opposent à ce que la réalisation du droit au travail comme créance passe par la mise en place d'une économie planifiée par les Etats. Dans les propositions réformistes, les Etats doivent intervenir par des politiques macro-économiques et une politique de l'emploi adéquates pour que le plein emploi soit atteint dans l'économie de marché. Les libertés économiques sont protégées.

En 1848, Ledru-Rollin se défendait ainsi de vouloir faire de l'Etat le grand planificateur de la production :

« On me dit : il faut laisser la liberté de l'industrie s'organiser elle-même ; et qui donc veut y apporter une limite ? Est-ce moi, Est-ce que, par hasard, j'ai la prétention que l'Etat se fasse manufacturier et producteur ? Je serais fou. Ma prétention la voici : c'est que l'Etat soit un directeur intelligent, entendez-le bien, c'est que l'Etat, par exemple, fasse pour cette grande masse des prolétaires, ce qu'il fait pour ses travaux publics ; c'est qu'il sache où les adresser, sur quel terrain les asseoir ; c'est qu'il sache ouvrir une banque là où le crédit est nécessaire, en un mot, que lui qui connaît la statistique par excellence, lui qui connaît ses ressources, ses forces, indique le lieu où il faut les employer, qu'il les associe ou leur facilite l'association, qu'il confie à leur moralité l'instrument du travail.

Est-ce que vous ne faites pas cela pour vos grands travaux publics ? Est-ce que vous ne le faites pas par l'armée, pour tous les grands instruments que vous avez dans les mains ? Il est donc certain que je ne veux faire de l'Etat ni un producteur, ni un manufacturier ; je veux en faire un protecteur intelligent »<sup>122</sup>.

Suite à la Grande Dépression des années 30 et à la Deuxième Guerre mondiale ainsi qu'à l'appel d'intellectuels tels que Keynes aux Etats-Unis ou Beveridge au Royaume-Uni, s'imposera pour quelques décennies dans le monde occidental l'idée que les Etats doivent réguler la demande globale sur le marché pour réaliser progressivement le plein emploi. Les Etats d'Amérique du Nord et d'Europe de l'Ouest mèneront des politiques keynésiennes visant à approcher le plein emploi dans l'économie de marché. A titre exemplatif, aux Etats-Unis, le Président orchestrera le programme New Deal entre 1933 et 1938 pour répondre aux conséquences de la Crise de 29. Au sortir de la Deuxième Guerre mondiale, le Gouvernement britannique adoptera le *White paper on employment policy* (1944) qui instaurait une politique de plans quinquennaux de travaux publics visant à lutter contre les fluctuations de l'emploi dans l'économie de marché<sup>123</sup>.

Les politiques visant à réaliser le droit au travail préconisées par les partisans de la conception réformiste du droit au travail s'inscrivent donc dans le respect des libertés économiques sur lesquelles reposent l'économie de marché, soit la liberté d'entreprendre, la libre concurrence

---

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 22, §14.

<sup>122</sup> Discours de M. Ledru-Rollin, in J. GARNIER (éd.), *Le droit au travail à l'Assemblée nationale...*, op. cit., p. 121.

<sup>123</sup> A ce sujet, voy. : R. L. SIEGEL, *Employment and Human Rights*, op. cit., pp. 58-63.

et la propriété privée. C'était notamment le cas dans le Plan Beveridge 'Full Employment in a Free Society'. On notera toutefois que Beveridge a expressément précisé que la propriété privée des moyens de production ne constituait pas, selon lui, une liberté essentielle (dont dépendrait le maintien de la « free society ») dès lors que peu de personnes en jouissent et sont susceptibles d'en jouir. La propriété privée doit être jugée en tant qu'instrument économique. Dès lors, s'il venait à être prouvé par l'expérience que l'abolition de la propriété privée des moyens de production est nécessaire pour réaliser le plein emploi, il conviendrait de l'abolir<sup>124</sup>.

**87.** Les réformistes constatent que la liberté de choix de l'emploi dépend de la possibilité de changement et de mouvement sur le marché du travail. Elle exige donc un seuil minimum de chômage<sup>125</sup>. Par ailleurs, le taux de chômage minimal est une condition essentielle au fonctionnement du libéralisme économique qui repose sur les principes de concurrence, de risque et de changement<sup>126</sup>. Ainsi, le plein emploi ne signifie pas qu'il n'y ait absolument pas de chômage mais un chômage réduit à un taux minimal<sup>127</sup>.

**88.** La conception réformiste du droit au travail implique non seulement que le droit au travail soit programmatique mais également qu'il ne puisse jamais être entièrement réalisé puisqu'une fraction minimale de la population doit, à tout moment, nécessairement être sans emploi pour garantir la liberté du travail de l'ensemble de la population. La conception réformiste du droit au travail, et plus largement le libéralisme économique auquel elle souscrit, impliquent la persistance du risque du chômage.

Dans ces circonstances, s'impose progressivement l'exigence éthique de garantir aux personnes privées d'emploi une sécurité financière, à défaut d'épanouissement par le travail,

---

<sup>124</sup> W. H. BEVERIDGE, *Full Employment in a Free Society*, op. cit., p. 23, §§17 et 18.

<sup>125</sup> *Ibid.*, pp. 125-126, §§166 et 167. Beveridge écrit ainsi : « There is an irreducible minimum of unemployment, a margin in the labour force required to make change and movement possible. (...) Employment for everybody littelrally all the time would mean either that there was never a change of employment and therefore no progress or that, when a job ended, everyone on it was directed forthwith to another job, whether it suited him or not ; 100 per cent of employment of all times assumes the compulsory of labour. A margin of unemployment is not simply a business convenience ; it is an incident of a free progressive society ».

<sup>126</sup> F. TANGHE, *Le droit au travail...*, op. cit., p. 188.

<sup>127</sup> Selon Beveridge, le plein emploi implique la réduction du chômage au chômage frictionnel. Il s'agit du chômage lié aux intervalles courts nécessaires aux travailleurs ayant perdu leur emploi pour en retrouver un autre. Pour le Royaume-Uni, Beveridge évaluait le taux de chômage correspondant au plein emploi à trois pour cent (*Full Employment in a Free Society*, op. cit., p. 21, §9). Keynes jugeait ce taux irréaliste ; selon lui, le plein emploi correspondait au Royaume-Uni à un taux de chômage variant entre cinq et six pour cent et demi selon les époques. Cet écart dans le taux de pourcentage de chômage retenu pour la société de plein emploi provient du fait que ces deux économistes renaient des définitions différentes du plein emploi. Selon Beveridge, le plein emploi suppose la réunion de deux conditions : « it means having always more vacant jobs than unemployed men, not slightly fewer jobs. It means that the jobs are at fair wages, of such a kind, and so located that the unemployed men can reasonably be expected to take them ; it means, by consequence, that the normal lag between losing one job and finding another will be very short » (*ibid.*, p. 18, §4). Selon Keynes, « le plein emploi est atteint lorsque l'emploi global cesse de réagir élastiquement aux accroissements de la demande effective des produits qui en résultent » (J. M. KEYNES, *Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie*, Paris, Payot, 1966 (originellement publié en anglais en 1936), p. 48, cité dans J. FREYSSINET, « Plein emploi, droit au travail, emploi convenable », *Revue de l'IRE*, n°34, 2000, Vol. 3, p. 29). Tant que ce seuil n'est pas atteint, les politiques macro-économiques de stimulation de la demande sont jugées efficaces. Une fois le seuil atteint, on considère qu'elles risquent d'entraîner une spirale d'inflation et l'accélération des salaires nominaux, pouvant conduire à une augmentation du chômage (Sur la distinction entre les conceptions du plein emploi de Keynes et de Beveridge, voy. J. FREYSSINET, « Plein emploi, ... », op. cit., p. 29 et s.).

par le biais d'un revenu de remplacement. Concrètement, des programmes d'assurance-chômage vont progressivement se développer dans différents Etats pendant le premier quart du 20<sup>ème</sup> siècle<sup>128</sup>. En 1925, vingt-cinq Etats disposaient de tels programmes. Dans son Rapport, Beveridge proposera que la marge incompressible de chômage qui correspond à un corps mouvant de chômeurs de courte durée voie sa sécurité assurée par l'assurance chômage<sup>129</sup>. Au sortir de la Deuxième Guerre mondiale, les systèmes d'assurance chômage subsidiés par l'Etat sont largement en place dans les pays de l'Europe de l'Ouest. Parallèlement, certains Etats vont consacrer le droit à la sécurité sociale dans leur Constitution, lequel comprend la protection contre le chômage<sup>130</sup>.

Dans la conception réformiste, le droit à l'indemnisation chômage est affirmé comme un droit supplétif au droit au travail (lequel ne peut jamais être totalement sécurisé) en faveur des individus qui ne trouvent momentanément pas d'emploi sur le marché libre du travail<sup>131</sup>. Le droit à la sécurité sociale est un droit-créance ; il impose aux Etats de mettre en place des systèmes d'indemnisation du chômage (obligations positives).

Dans la conception réformiste, le droit au travail comprend par ailleurs un deuxième droit-créance supplétif : le droit de recevoir de l'aide d'un service de l'emploi pour trouver un emploi convenable. Les Etats ont l'obligation de mettre en place des services de l'emploi pour assurer un appariement rapide entre l'offre et la demande et garantir aux personnes privées d'emploi des intervalles de chômage aussi brefs que possible<sup>132</sup>.

**89. Concrétisation du devoir de travailler** - Attelons-nous à présent à la description du devoir de travailler dans la conception réformiste. Sur le plan moral tout d'abord, les individus ont le devoir de travailler ; ils participent ainsi à la construction de la société et du lien social.

**90.** Contrairement à la conception libérale, le devoir de travailler n'est pas uniquement moral. Il est juridicisé dans les systèmes de sécurité sociale<sup>133</sup>. Il n'existe pas d'obligation juridique générale de travailler (comme c'est le cas dans les régimes communistes) mais, pour avoir droit aux prestations de chômage, les individus ont le devoir d'être disponibles pour le marché du travail. Seules les personnes qui sont et qui restent involontairement privées d'emploi ont le droit d'être indemnisées.

**91.** Dans la conception réformiste, le devoir de travailler est par ailleurs circonscrit sur le plan juridique ; il est même doublement contenu. Premièrement, il est contenu par la protection de la liberté formelle du travail<sup>134</sup>. Comme les libéraux, les réformistes reconnaissent l'interdiction du travail forcé et la liberté de choisir son emploi qui circonscrivent le devoir

---

<sup>128</sup> R. L. SIEGEL, *Employment and Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 56-57.

<sup>129</sup> W. H. BEVERIDGE, *Full Employment in a Free Society*, *op. cit.*, p. 128, §169

<sup>130</sup> J. GARRATY, *Unemployment in History : Economic Thought and Public Policy*, New York, Harper and Row, 1978, p. 147.

<sup>131</sup> Cette analyse a été également développée dans : E. DERMINE et D. DUMONT, « Activation Policies for the Unemployed, the Right to Work and the Duty to Work : Which Interactions ? », *op. cit.*, pp. 14-16.

<sup>132</sup> W. H. BEVERIDGE, *Full Employment in a Free Society*, *op. cit.*

<sup>133</sup> J. FREYSSINET, « Plein emploi... », *op. cit.*, p. 43 ; D. DUMONT, « Activation rime-t-elle nécessairement avec stigmatisation ? Une mise en perspective critique du procès de l'Etat social », *Droit et société*, n° 78, 2011, pp. 449-456.

<sup>134</sup> Voy. également en ce sens : J. FREYSSINET, « Plein emploi... », *op. cit.*, p. 43.

juridique de travailler, en interdisant aux Etats de porter à la liberté du travail des individus (obligations négatives). La liberté du travail inclut le droit de ne pas travailler et s'oppose donc à la consécration d'une obligation juridique de travailler.

Par ailleurs, et à la différence des libéraux, les réformistes ne se limitent pas à protéger la liberté formelle du travail. Ils protègent également la liberté réelle des individus de choisir leur emploi, via le droit-créance aux prestations de chômage. Le droit à la sécurité sociale pose le devoir de travailler mais il contribue en même temps à en limiter la portée. En garantissant une indemnisation du chômage involontaire en marge du marché du travail, il limite la contrainte économique au travail des personnes sans emploi et soutient leur liberté réelle de choisir leur emploi.

Alors que dans la conception libérale, les individus sont *de facto* contraints, afin d'assurer leur survie, d'accepter les emplois ainsi que les conditions d'emploi qui leur sont proposés sur le marché du travail, la conception réformiste circonscrit le devoir de travailler aux emplois convenables. Dans la conception réformiste, le droit à l'indemnisation du chômage constitue la condition de réalisation de la liberté du travail, laquelle demeure formelle dans la conception libérale classique<sup>135</sup>. En creux des systèmes de sécurité sociale mis en place par les Etats-providence, se noue un compromis entre droit et devoir de travailler, et donc entre l'affirmation du libre choix comme condition de possibilité de la réalisation de soi et l'imposition d'une certaine contrainte au nom de la cohésion sociale<sup>136</sup>. Bien entendu, chaque système national de sécurité sociale modalise d'une manière qui lui est propre ce compromis. C'est en cela que ces systèmes sont, pour reprendre la célèbre analyse d'Esping-Andersen, plus ou moins « décommodifiants »<sup>137</sup>.

Certains auteurs ont critiqué le concept de décommodification d'Esping-Andersen parce qu'il néglige une deuxième fonction de l'Etat-providence, à savoir la promotion de l'accès au travail (sur la notion de décommodification et les critiques formulées à l'encontre de ce concept, cf. l'encadré n°7 ci-dessous). L'analyse historique de l'affrontement entre les différentes propositions politiques de réalisation du droit au travail permet d'apporter un

---

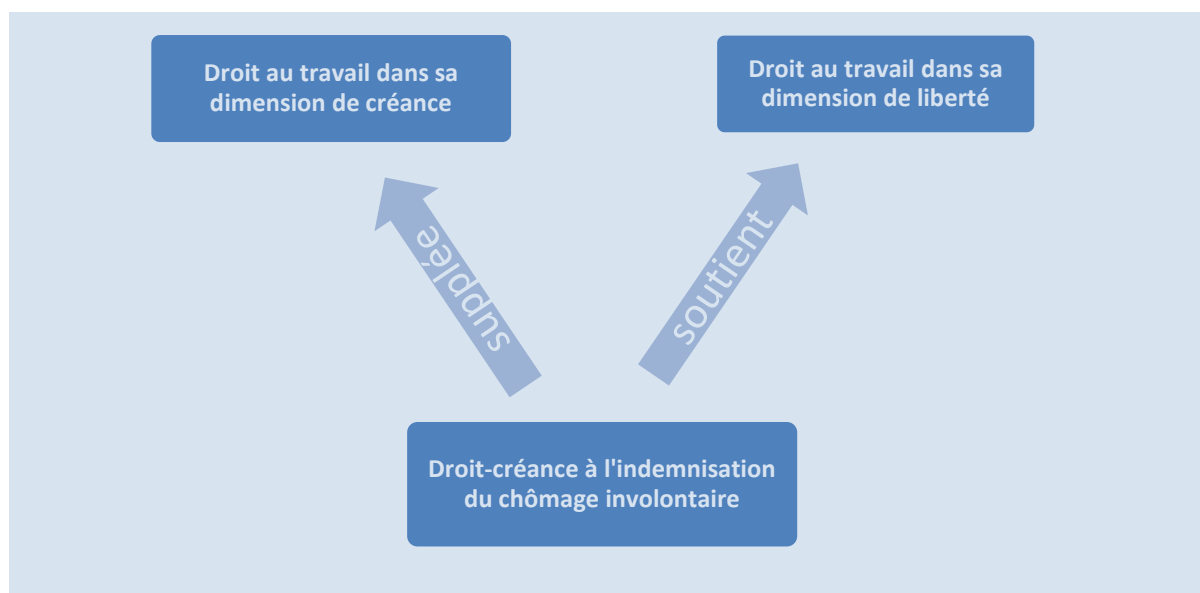
<sup>135</sup> De la même façon, le droit du travail limite, sur le plan juridique, la contrainte économique au travail dans une économie de marché et contribue à l'émancipation des travailleurs (à ce sujet, voy. : A. BLACKETT, « Emancipation in the Idea of Labour Law », in G. Davidov et B. Langille, *The Idea of Labour Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 420-436).

<sup>136</sup> A propos du nécessaire arbitrage entre la liberté individuelle de choisir son emploi et le devoir de travailler dans l'intérêt collectif, on citera encore un extrait du discours de Billault ainsi qu'un passage du Rapport de Beveridge : « Je sais bien que cette doctrine de l'intervention gouvernementale poussée à l'excès mènerait à cette situation intolérable que mon honorable ami M. de Tocqueville flétrissait l'autre jour sous le nom de servitude. Oh ! Sans aucun doute, si, supprimant toute liberté individuelle, le Gouvernement en venait à vouloir tout faire et à vouloir tout diriger, ce serait le pire de tous les esclavages. Mais la vérité n'est jamais dans ces suppositions extrêmes ; elle n'est pas plus dans la liberté sans limites de l'individualisme que dans l'omnipotence absolue de la société. C'est dans la combinaison à la fois variable et perpétuelle de ces deux principes que gît tout le secret du progrès social » (Discours de M. Billault, *op. cit.*, p. 262) ; « Choice of occupation means freedom in choosing between occupations which are available ; it is not possible for an individual to choose to be an Archbishop of Canterbury, if that post is already filled by another. Work means doing what is wanted, not doing just what pleases one. All liberties carry their responsibilities. This does not mean that the liberties themselves must be surrendered. They must be retained. » (W. H. BEVERIDGE, *Full Employment in a Free Society*, *op. cit.*, p. 23, §16).

<sup>137</sup> G. ESPING-ANDERSEN, *Les trois mondes de l'Etat-providence. Essai sur le capitalisme moderne*, Paris, PUF, 1999.

éclairage sur ce débat. L'indemnisation du chômage, qui permet aux individus de satisfaire leurs besoins fondamentaux en dehors du marché du travail (fonction décommodifiante) est un élément central au sein d'un arrangement institutionnel plus large (déploiement de politiques keynésiennes de relance de l'emploi et mise en place de services de l'emploi) qui vise à sécuriser le droit au travail. L'indemnisation du chômage constitue l'élément-clé de la conception réformatrice du droit au travail qui doit permettre de dépasser le dilemme que pose la réalisation du droit au travail, à la fois dans sa dimension de créance et dans sa dimension de liberté. L'indemnisation du chômage joue une double fonction : d'une part, elle vient suppléer le droit au travail qui ne peut être garanti individuellement sous peine de nuire à la liberté du travail de tous ; d'autre part, par son action décommodifiante, elle est la condition de réalisation d'une liberté du travail concrète – l'octroi d'un revenu de remplacement en marge du marché du travail atténue la contrainte économique au travail. Ce n'est pas parce que l'Etat-providence sécurise, dans une certaine mesure, la possibilité pour les individus de sortir du marché du travail, qu'il ne privilégie pas le travail sur les prestations sociales. Le rapport de priorité n'est toutefois justifié que parce que le travail doit permettre aux individus, à la différence des prestations sociales, de s'épanouir et de se réaliser. Dans le champ des politiques de l'emploi, la décommodification opérée par l'indemnisation du chômage et la promotion de l'accès au travail exercée à travers le déploiement de politiques keynésiennes et l'institution de services de l'emploi participent d'un même objectif, la poursuite de la réalisation du droit au travail librement choisi.

**Encadré 6 - Le droit à l'indemnisation du chômage involontaire, comme dépassement de la tension entre les deux dimensions du droit au travail**





Après avoir brièvement développé la notion de décommodification d'Esping-Andersen, nous synthétisons les principales critiques développées à son encontre dans la littérature.

**La notion de décommodification d'Esping-Andersen** - Dans le célèbre ouvrage « Les trois mondes de l'Etat-providence », Esping-Andersen considère que la « décommodification » des individus, entendue comme la possibilité de se retirer du marché du travail, est un trait structurant des Etats-providence<sup>138</sup>. Selon lui, l'Etat-providence s'est construit comme une réponse à la « marchandisation » des individus, dont la survie dépend, dans la société de marché, de la vente de leur force de travail sur le marché du travail<sup>139</sup>. Esping-Andersen utilise le concept sociologique de décommodification comme équivalent fonctionnel, lui permettant d'articuler sa comparaison entre les différents régimes d'Etats-providence<sup>140</sup>. Afin d'évaluer le degré de décommodification offert par les différents régimes, il a égard à la générosité des prestations sociales. Plus la hauteur et le niveau de prestations sont élevés et les conditions d'éligibilité ouvertes, plus le potentiel de décommodification des politiques sociales est élevé. Selon Esping-Andersen, la décommodification dans les Etats-providence est une question de degré<sup>141</sup>. Mais, dans l'absolu, il considère que la décommodification est acquise lorsque les individus ont droit à des indemnités telles qu'elles leur offrent une véritable option de travailler ou non<sup>142</sup>. En retenant une telle définition de la décommodification et en considérant la construction de l'Etat-providence comme une réponse à la demande de décommodification, il semble indiquer que l'objectif principal des Etats-providence est d'offrir aux individus la possibilité de se retirer du marché du travail (« exit option from the labour market »), suivant l'expression anglaise bien connue et plus parlante<sup>143</sup>.

**Synthèse des principales critiques à l'encontre de la notion de décommodification** - Le concept de décommodification d'Esping-Andersen a suscité d'abondantes discussions. Les critiques se situent à la fois au niveau de l'élaboration théorique du concept et au niveau de sa confrontation empirique avec la réalité. Quel que soit l'angle d'analyse retenu, il nous semble qu'elles ont pour point commun de mettre en évidence que le concept de décommodification tel que défini et opérationnalisé par Esping-Andersen ne permet pas d'appréhender les fonctions importantes attachées au travail dans nos sociétés, que ce soit sur le plan des idées ou dans les faits. Les auteurs proposent en conséquence soit d'adjoindre à l'objectif de décommodification poursuivi par les Etats-providence un deuxième objectif de promotion de l'accès au travail<sup>144</sup>; soit d'élargir le concept de décommodification à cette préoccupation en ajoutant aux indicateurs relatifs à la générosité des prestations sociales, des

<sup>138</sup> G. ESPING-ANDERSEN, *Les trois mondes de l'Etat-providence...*, *op. cit.*

<sup>139</sup> G. ESPING-ANDERSEN, *Les trois mondes de l'Etat-providence...*, *op. cit.*, pp. 51-53.

<sup>140</sup> G. ESPING-ANDERSEN, *Les trois mondes de l'Etat-providence...*, *op. cit.*, pp. 36-37 et 51-74.

<sup>141</sup> G. ESPING-ANDERSEN, *Les trois mondes de l'Etat-providence...*, *op. cit.*, p. 54.

<sup>142</sup> G. ESPING-ANDERSEN, *Les trois mondes de l'Etat-providence...*, *op. cit.*, p. 37.

<sup>143</sup> Voy., dans la même idée : J. HUO, M. NELSON et J. D. STEPHENS, « Decommodification and Activation in Social Democratic Policy : Resolving the Paradox », *Journal of European Social Policy*, 2008, n°18(1), pp. 5-20.

<sup>144</sup> Voy. not. : J. HUO, M. NELSON et J. D. STEPHENS, « Decommodification and Activation in Social Democratic Policy... », *op. cit.*, pp. 5-20 ; A. S. ORLOFF, « Gender and the Social Rights of Citizenship : The Comparative Analysis of Gender Relations and the Welfare State », *American Sociological Review*, Vol. 58, n°3, pp. 303-328 ; J. S. O'CONNOR, A. S. ORLOFF et S. SHAVER, *States, Markets, Families : Gender, Liberalism and Social Policy in Australia, Canada, Great Britain and the United States*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

indicateurs permettant de mesurer les efforts réalisés par les Etats en faveur de l'insertion dans l'emploi<sup>145</sup>.

### La critique de Room<sup>146</sup>

Selon Room, la conceptualisation théorique de la décommodification est incomplète. Elle se concentre sur la possibilité de maintenir, en dehors du travail, un niveau de vie acceptable et est évaluée au travers d'indicateurs qui concernent la générosité des prestations sociales. Il relève que Marx dénonce la marchandisation non seulement parce qu'elle aboutit à ce que les travailleurs soient contraints d'accepter des conditions de travail qui ne leur permettent pas de satisfaire leurs besoins matériels mais également parce qu'elle leur ôte toute perspective de réalisation personnelle et d'épanouissement à travers le travail. Selon Room, la notion de décommodification telle qu'élaborée par Esping-Andersen est dès lors trop unidimensionnelle. Elle se concentre sur la question de la subsistance via des indicateurs relatifs à la générosité des prestations sociales. Il propose un élargissement de la notion pour prendre en compte la question de la réalisation de soi par le travail à travers des indicateurs tels que le taux de chômage de longue durée ou le taux de formation professionnelle.

### La critique des féministes<sup>147</sup>

Le concept de décommodification a également été critiqué sur le plan empirique, des auteurs affirmant que le fait de développer les possibilités de participer au marché du travail était souvent un objectif plus important que d'offrir la possibilité de sortir du marché du travail. Plusieurs auteurs féministes avancent que, pour la plupart des femmes, le premier objectif est d'entrer sur le marché du travail. Cet objectif est d'ailleurs poursuivi à travers des politiques sociales de subvention de crèche ou de crédits parentaux, et ce essentiellement dans les Etats-providence de type social-démocrate. Cette analyse peut être transposée à d'autres catégories de personnes qui ont des difficultés à entrer sur le marché du travail comme les travailleurs peu qualifiés ou les travailleurs migrants. La critique féministe met en lumière un biais dans la construction du concept de décommodification. Elle s'est exclusivement élaborée à partir de l'analyse de la situation des personnes qui ont un emploi. Le concept de décommodification ne permet pas de saisir l'enjeu sociétal de l'accès à l'emploi ni les réformes sociales entreprises dans ce cadre pour réduire les obstacles liés à l'accès à l'emploi<sup>148</sup>.

---

<sup>145</sup> Voy. not. : G. ROOM, « Commodification and Decommodification : a Developmental Critique », *Policy and Politics*, 2000, Vol. 28, n°3, pp. 331-351 ; T. PAPADOPOULOS, « The Recommodification of European Labour : Theoretical and Empirical Explorations », *European Research Institute Working Paper*, Octobre 2005.

<sup>146</sup> G. ROOM, « Commodification and Decommodification... », *op. cit.*

<sup>147</sup> A. S. ORLOFF, « Gender and the Social Rights of Citizenship... », *op. cit.*, pp. 303-328 ; J. S. O'CONNOR, A. S. ORLOFF and S. SHAVER, *States, Markets, Families...*, *op. cit.*, 1999 ; D. M. STETSON et A. G. MAZUR (dir.), *Comparative State Feminism*, Londres, Sage, 1995 ; P. VIELLE, *La sécurité sociale et le coût indirect des responsabilités familiales. Une approche de genre*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 78-104.

<sup>148</sup> J. HUO, M. NELSON et J. D. STEPHENS, « Decommodification and Activation in Social Democratic Policy : Resolving the Paradox », *Journal of European Social Policy*, 2008, Vol. 18, n° 1, pp. 5-20.

### Encadré 8 - La conception réformatrice du droit au travail

<b>Formulation du droit au travail</b>	Un droit au travail programmatique assorti (à partir du milieu du 20 <sup>ème</sup> siècle) d'un droit supplétif à la sécurité sociale (indemnisation du chômage involontaire)
<b>Réalisation du droit au travail</b>	<p>Obligations juridiques négatives de respecter le libre accès et le libre choix de l'emploi (libertés économiques et civiles)</p> <p>Obligations juridiques positives et de moyens de réaliser progressivement le plein emploi (avec un taux minimum de chômage pour préserver les libertés économiques et civiles)</p> <p>Obligations positives et de moyens d'instaurer un système d'indemnisation du chômage involontaire</p>
<b>Concrétisation du devoir de travailler</b>	<p>Devoir moral</p> <p>Devoir général de travailler limité sur le plan juridique par le droit de ne pas travailler (interdiction du travail forcé) et le droit au libre choix de l'emploi</p> <p>Obligation juridique de disponibilité à l'emploi pour les personnes bénéficiaires de prestations de chômage</p> <p>Contrainte économique limitée par le droit aux prestations de chômage en l'absence d'emploi convenable (arbitrage entre le devoir de travailler et le libre choix de l'emploi)</p>

## Conclusion du Chapitre 1

**92.** L'analyse historique sur un temps long a permis de mettre en évidence que l'idée du droit au travail n'est pas naturelle mais qu'elle s'impose nécessairement dans les sociétés fondées sur la croissance et le productivisme.

Au cœur de l'utopie libérale de la société de marché, le travail est appelé à devenir le principal vecteur de cohésion et de paix sociales. Il est en effet associé à la promesse d'une pacification des relations par l'accroissement des richesses et du bien-être. Dès lors que la société doit faire corps autour du travail, le travail est avant tout une obligation morale de l'ensemble des individus de participer, par leur labeur, à l'augmentation de l'activité productive et, plus généralement, au bon fonctionnement de la société. Cependant, parce que le travail devient le seul moyen de subvenir à ses besoins, il intègre rapidement la sphère des droits humains. Le travail se voit ensuite reconnaître une fonction intrinsèque : il est considéré comme un bien en soi qui doit permettre à chacun d'exprimer son individualité et de s'épanouir. Il est dorénavant doublement lié au droit à la vie - que ce droit soit envisagé comme celui de subvenir à ses besoins ou comme celui de se réaliser.

De toute évidence, les différentes fonctions assignées au travail entrent en tension. C'est que, d'un côté, le travail doit être librement choisi si l'on veut qu'il permette à l'individu de déployer ses facultés et de se réaliser. Mais, d'un autre côté, la cohésion sociale exige des

individus qu'ils mettent de côté, dans une certaine mesure au moins, leurs aspirations personnelles, car c'est, dans cette optique, de la participation de tous à l'activité productive que dépend le bon fonctionnement de la société. La représentation sociale du travail apparaît ainsi traversée par les exigences contraires de liberté de choix, motivée par l'idéal d'émancipation personnelle, d'une part, et de contrainte collective au nom de l'utopie libérale, d'autre part.

**93.** Au cours des 19 et 20<sup>ème</sup> siècles, les courants politiques ont proposé, au sein des Etats, des voies distinctes pour réaliser le droit au travail. En fonction des traits principaux que revêt la traduction juridique de ces propositions, nous avons identifié quatre grandes conceptions politiques du droit au travail : la conception libérale originaire, la conception socialiste, la conception libérale classique et la conception réformiste. Ces conceptions sont confrontées à la même difficulté que le travail est à la fois considéré comme un droit des individus en faveur de leur auto-réalisation et un devoir à l'égard de la société, en tant que fondement de la cohésion sociale. Les différentes conceptions se sont construites par la critique réciproque, le droit au travail lui-même étant convoqué comme instance critique de référence. L'argument développé à l'appui de la critique était toujours identique : à l'épreuve des faits, la conception politique du droit au travail critiquée ne permettait pas d'offrir aux individus la possibilité d'exercer un travail librement choisi leur permettant de se réaliser. La fonction de cohésion sociale du travail était accusée de prendre le pas sur sa fonction d'épanouissement individuel et le droit au travail de se muer en devoir de travailler. Dans la conception critiquée, le droit au travail constituerait en réalité un instrument politique au service d'une classe dominante alors que dans la conception préconisée, il s'agit d'un véritable droit humain qui vise la réalisation et l'épanouissement des individus.

Depuis le début du 19<sup>ème</sup> siècle, la réalisation du droit au travail n'a pas cessé d'être confrontée au dilemme suivant. Soit les pouvoirs publics interviennent massivement pour fournir du travail à chaque membre de la société. Mais pareille intervention risque de réduire à néant le libre choix de l'emploi, et à renforcer de manière excessivement coercitive le devoir de travailler (contrainte juridique). Soit les pouvoirs publics se gardent d'intervenir sur le marché de l'emploi, au nom de la préservation du libre choix. Mais alors, le droit d'accéder au marché du travail et de choisir librement son travail risque de demeurer purement formel pour beaucoup, de sorte qu'en définitive nombre d'individus seront *de facto* contraints, pour assurer leur survie, d'accepter n'importe quelles conditions de travail (contrainte économique).

**94.** Dans la conception réformiste du droit au travail, le droit à la sécurité sociale joue un rôle central : il contient la promesse de dépasser le dilemme que pose la réalisation concomitante du droit au travail dans ses dimensions de créance et de liberté. En assurant l'autonomie financière des chômeurs qui ne trouvent pas d'emploi convenable sur le marché du travail, il doit pallier l'absence de sécurisation du droit au travail dans sa dimension de créance. Parallèlement, il permettrait de sécuriser le droit au travail dans sa dimension de liberté, c'est-à-dire la possibilité réelle des individus de choisir librement leur emploi. En effet, il atténue la contrainte économique de travailler, en permettant aux membres de la société de refuser toute offre d'emploi qui ne serait pas convenable, sans risquer de perdre le droit aux indemnités.

## Chapitre 2. Le droit au travail dans les pactes internationaux, traduction du compromis social d'après-guerre

### Introduction

**95.** Ce chapitre est consacré à la mise en forme du droit au travail sur le plan international. Nous identifions tout d'abord les conditions socio-historiques qui ont favorisé l'inclusion du droit au travail dans les pactes internationaux des droits humains d'après-guerre (Section 1.). Nous explorons ensuite les débats qui ont présidé à l'adoption du droit au travail dans les différents pactes internationaux afin d'éclairer la formulation du droit au travail finalement consacrée dans chacun d'eux (Section 2). Nous analysons enfin comment ces énoncés relativement abstraits ont été concrétisés, à travers les lignes d'interprétation dégagées par les organes internationaux chargés de contrôler l'application des textes mais également à travers les normes de définition et de réalisation du droit au travail adoptées subséquemment au niveau international (Section 3).

**96.** A l'appui des travaux préparatoires des différents pactes, nous démontrons que la formulation du droit au travail dans ces textes constitue un consensus *a minima* entre les différentes conceptions politiques du droit au travail exposées dans le chapitre précédent. Si le libellé des textes est largement indéterminé, nous mettons à jour que la conception réformatrice s'est imposée lors de l'application des textes.

### Section 1. La volonté généralisée d'inscrire le droit au travail dans le giron du droit international des droits humains

**97.** Deux événements majeurs dans l'histoire mondiale du 20<sup>ème</sup> siècle – la Crise de 1929 et la Deuxième Guerre mondiale – ont conduit à une prise de conscience de l'importance d'assurer la lutte contre le chômage au niveau international (§1). Les Etats partageaient globalement la même représentation sociale du travail et lui reconnaissaient une fonction centrale dans la réalisation et l'épanouissement des individus (§2), ce qui a conduit à l'affirmation du droit au travail dans les instruments internationaux dédiés aux droits humains (§3).

## §1. Deux événements catalyseurs<sup>149</sup>

**98.** Nous avons vu que, dans des contextes nationaux, l'idée du droit au travail a émergé dès la fin du 18<sup>ème</sup> siècle. Deux événements majeurs vont propulser l'idée du droit au travail sur la scène internationale : la Grande dépression des années 30 et la Deuxième Guerre mondiale.

Faisant face à une crise économique sans précédent, les Etats d'Amérique du Nord et d'Europe de l'Ouest ont considéré qu'ils ne pouvaient demeurer spectateurs face à un marché du travail défaillant. Ces Etats, de tradition libérale, ont adopté une position interventionniste pour lutter contre les effets de la Crise de 1929. Ils menèrent des politiques de grande envergure visant à stimuler la demande de travail (cf. *supra*, n°86). L'opposition entre le courant libéral et le courant socialiste quant au rôle des gouvernements face au chômage tend donc à l'époque à s'amenuiser.

Parallèlement, la Seconde Guerre mondiale va engendrer les élans de solidarité sociale internationale nécessaires à l'engagement des Etats sur le plan international dans la lutte mondiale contre le chômage. On ajoutera à cela que les alliés justifiaient fréquemment la guerre au nom de l'impératif de justice sociale, lequel est au fondement des droits socio-économiques<sup>150</sup>.

Comme le relève ainsi Richard Lewis Siegel, au terme de la Crise de 1929 et de la Seconde Guerre mondiale qui a suivi, « the lesson had been learned in the most difficult possible way that massive unemployment could be caused and aggravated by the absence of enlightened internationalism in social and economic policies »<sup>151</sup>.

**99.** Dans ce contexte, le consensus sur le rôle des gouvernements dans la réalisation du plein emploi s'exprime alors massivement lors de la Conférence de l'Organisation internationale du travail (OIT) se déroulant à Philadelphie en 1944. A titre illustratif, la Secrétaire au Travail américaine, Frances Perkins, s'y exprimera en ces termes : « We know that long-term mass unemployment can be prevented in any modern society. It must be accepted as a fundamental labour standard that steady and regular jobs will be available for all who are able to accept work discipline and to achieve some minimum of skill and efficiency ». Le droit au travail n'est pas consacré *expressis verbis* dans la Déclaration redéfinissant les buts et objectifs de l'Organisation adoptée au terme de la Conférence de Philadelphie<sup>152</sup>. Il lui est toutefois sous-jacent<sup>153</sup> : alors que l'article 2 de la déclaration proclame « le droit (de tous les êtres humains)

---

<sup>149</sup> Ce point a essentiellement été rédigé sur base de l'ouvrage de R. L. SIEGEL : *Employment and Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 58-62.

<sup>150</sup> A ce sujet, voy. également, dans l'ouvrage de J. Morsink consacré à l'élaboration de la DUDH, le chapitre intitulé « World War II as Catalyst » (*The Universal Declaration of Human Rights...*, *op. cit.*, p. 36-91).

<sup>151</sup> R. L. SIEGEL, *Employment and Human Rights...*, *op. cit.*, p. 59.

<sup>152</sup> Déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation internationale du travail, C.I.T., 26<sup>ème</sup> session, Philadelphie, 10 mai 1944. Cette Déclaration sera par la suite annexée à la Constitution de l'OIT.

<sup>153</sup> J. VAN DER VEN, « The Right to Work as a Human Right », *op. cit.*, p. 398.

à poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité, dans la sécurité économique et avec des chances égales », son article 3 engage l'organisation à seconder les Etats dans la mise en œuvre « de programmes propres à réaliser a) la plénitude de l'emploi et l'élévation des niveaux de vie ; b) l'emploi des travailleurs à des occupations où ils aient la satisfaction de donner toute la mesure de leur habileté et de leurs connaissances, et de contribuer le mieux au bien commun (...) ». La Charte des Nations unies<sup>154</sup> inclut également aux articles 55 et 56 la poursuite du plein emploi parmi les objectifs de l'Organisation et des Etats qui en sont membres

**100.** C'est dans ce contexte que les Etats vont soutenir, aux lendemains de la Deuxième Guerre mondiale, l'inscription du droit au travail dans les instruments principaux de droit international des droits humains.

## **§2. Une représentation sociale commune du travail**

**101.** L'inscription du droit au travail dans les pactes internationaux relatifs aux droits humains tient par ailleurs au fait que les Etats, qu'ils soient de tradition libérale ou socialiste, partageaient la même représentation du travail : il transparaît de la lecture des travaux préparatoires des textes internationaux que les Etats s'accordaient sur la centralité du travail. Ils assignaient au travail les mêmes fonctions et s'accordaient sur ses principaux traits de définition.

**102.** Au cours du débat relatif à l'élaboration du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) (1966), le droit au travail sera ainsi décrit comme une des « pierres angulaires de la société moderne »<sup>155</sup>. Dans le projet d'article sur le droit au travail transmis par la Commission des droits de l'homme (CDH)<sup>156</sup> à la Troisième Commission<sup>157</sup>, il était par ailleurs expressément précisé que le travail était « the basis of all human endeavour »<sup>158</sup>.

**103.** Le travail est affirmé, en tant que droit humain, parce qu'il est le vecteur incontournable pour se procurer des moyens de subsistance dans nos sociétés modernes (fonction instrumentale) mais également et surtout parce qu'il doit permettre aux individus de se réaliser et de s'épanouir (fonction intrinsèque).

---

<sup>154</sup> Charte des Nations unies, Conférence des Nations unies sur l'Organisation internationale, San Francisco, 26 juin 1945.

<sup>155</sup> Hoffmeister (Czechoslovakia), A/C.3/SR.299, 1950, §33, cité dans M. CRAVEN, *The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights: a Perspective on its Development*, Oxford, Clarendon, 1995, p. 195.

<sup>156</sup> De 1946 à 2006, la CDH était l'organe du Conseil économique et social des Nations unies chargé de la promotion des droits humains dans le monde. Lors de l'élaboration du Pacte, elle était composée de 18 membres.

<sup>157</sup> La Troisième Commission de l'Assemblée générale des Nations unies est la commission qui traite des questions sociales, liées aux affaires humanitaires et aux droits humains. Tous les membres des Nations unies ont le droit d'être représenté dans cette commission.

<sup>158</sup> E/1992, Annexe I, p. 2, cité dans M. CRAVEN, *The International Covenant...*, *op. cit.*, p. 196.

En ce sens, le projet d'article de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) (1948) dédié au droit au travail rédigé par René Cassin proclamait également « le droit au libre développement de la personnalité »<sup>159</sup>. Cette clause a finalement été supprimée parce que ce droit était déjà proclamé à l'article 29 de la Déclaration<sup>160</sup> mais elle témoigne du lien effectué par les auteurs du Pacte entre l'accomplissement d'un travail et le développement personnel.

De même, lors des débats relatifs au PIDESC, si le travail a été jugé particulièrement essentiel pour garantir le droit à la vie<sup>161</sup> - en ce qu'il assure les moyens de subsistance – (fonction instrumentale), il a surtout été valorisé pour ses bienfaits intrinsèques. Alors que dans le projet initial de la Commission, le droit au travail était défini comme le droit à une opportunité de travailler pour gagner sa vie, la Troisième Commission a préféré une formulation qui indiquait que le droit à une opportunité de travail pour gagner sa vie n'était qu'un aspect du droit au travail. Cette modification a été proposée au motif que le droit au travail « did not mean simply the right to remuneration but the right of every human being to do a job freely chosen by himself, one which gave meaning to his life »<sup>162</sup>. Suite à l'analyse détaillée des travaux préparatoires de l'article 6 du PIDESC relatif au droit au travail, Matthew Craven conclut en ce sens que l'article 6 valorise le travail pour lui-même :

« For many, it (work) represents the primary source of income upon which their physical survival depends. Not only it is crucial to the enjoyment of 'survival rights' such as food, clothing, or housing, it affects the level of satisfaction of many other human rights such as the rights to education, culture, and health. Article 6, however, is not so much concerned with what is provided by work (in terms of remuneration), or the conditions of work, but rather with the value of employment itself. It thus give recognition to the idea that work is an element integral to the maintenance of the dignity and self-respect of the individual »<sup>163</sup>.

**104.** Dans le même sens, le préambule du Projet de Charte sociale européenne (CSE) transmis par l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe<sup>164</sup> au Comité des Ministres<sup>165</sup> disposait qu'assurer l'exercice du droit au travail était la première condition pour donner à l'homme la possibilité d'exercer pleinement toutes ses facultés<sup>166</sup>. Le Comité des Ministres optera ensuite pour un préambule beaucoup plus concis. On soulignera que le préambule initial précisait que

<sup>159</sup> J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights...*, op. cit., 1999, p. 159.

<sup>160</sup> *Ibid.*, p. 162.

<sup>161</sup> Afnan (Irak), A/C.3/SR.298, 1950, §64, cité dans M. CRAVEN, *The International Covenant*, op. cit., p. 195.

<sup>162</sup> Thierry (France), A/C3/SR.709, 1956, p. 138, §37 ; voy. aussi : Mufti (Syrie), A/C.3/SR.710, 1956, p. 144, §42 ; cités dans M. CRAVEN, *The International Covenant...*, op. cit., p. 197.

<sup>163</sup> M. CRAVEN, *The International Covenant...*, op. cit., p. 194.

<sup>164</sup> L'Assemblée consultative est l'organe parlementaire du Conseil de l'Europe. Il s'agit d'un organe de discussion composé de représentants de chaque État membre issus des Parlements nationaux et désignés par les Parlements nationaux. Elle transmet le résultat de ses délibérations au Comité des Ministres sous forme de recommandations ou d'avis non-contraignants.

<sup>165</sup> Le Comité des Ministres est l'organe décisionnel du Conseil de l'Europe. Il est composé de l'ensemble des Ministres des Affaires étrangères des États membres du Conseil de l'Europe ou de leurs délégués.

<sup>166</sup> Projet de Convention européenne des droits sociaux et économiques, Annexe à la Recommandation 104 (1956) relative à une Convention européenne des droits sociaux, Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, 8<sup>ème</sup> session ordinaire, 26 octobre 1956, in Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires de la Charte sociale européenne* (édition provisoire), Vol. III, p. 634-635.



« (l)e travail ne saurait cependant fournir à lui seul sa propre justification. Les Hautes Parties Contractantes reconnaissent comme une des conditions essentielles du développement de la personne humaine la participation des travailleurs aux fruits de leur travail, et notamment à la gestion et aux bénéfices de l'entreprise qui les emploie »<sup>167</sup>. Le Projet de Charte contenait dans cette optique une disposition proclamant le droit des travailleurs à participer à la gestion de l'entreprise<sup>168</sup> ; cette proposition ne sera pas retenue au niveau du Comité des Ministres. Le droit des travailleurs à l'information et à la consultation au sein de l'entreprise consacré dans la Charte sociale révisée de 1996 donnera plus tard un faible écho à cette préoccupation.

**105.** Au terme de débats mettant en évidence la centralité du travail, les auteurs du PIDESC et de la CSE ont choisi de faire figurer le droit au travail en première position de la liste des droits socio-économiques proclamés. Par ailleurs, le droit au travail a été consacré dans un article distinct et précédant celui reconnaissant le droit à la sécurité sociale parce qu'à la différence du droit à la sécurité sociale, il présente une visée expressive au-delà de la fonction instrumentale de procurer des moyens de subsistance<sup>169</sup>. On ajoutera que le droit au travail fait partie des neuf articles du noyau dur de la Charte sociale européenne, dont six au moins doivent être acceptés par les Etats qui souhaitent ratifier l'instrument.

**106.** On relèvera enfin que les Etats s'accordaient sur l'objet du droit au travail : il s'agit du travail rémunéré et productif. Que ce soit dans le PIDESC ou dans la CSE, il est explicitement prévu que toute personne doit avoir la possibilité de « gagner sa vie » *via* son travail. Il est par ailleurs expressément prévu à l'article 6, §2 du PIDESC, que les mesures mises en œuvre par les Etats pour réaliser le droit au travail doivent viser un plein emploi « productif »<sup>170</sup>. Une telle précision n'est pas incluse dans la disposition relative au droit au travail de la Charte. Le préambule de celle-ci dispose toutefois que les droits consacrés dans la Charte visent à augmenter le niveau de vie des individus ainsi que le bien-être général de la population. Dans la version initiale du préambule, il était explicitement mentionné que l'élévation des niveaux de vie dépendait des conditions économiques, plus particulièrement du développement de la production. L'apposition de ces traits caractéristiques au travail - caractère rémunéré et caractère productif - révèle les fonctions économique et sociale qui lui sont assignées par les Etats. Par leur travail, les individus contribuent à l'accroissement des richesses et à l'amélioration des niveaux de vie, desquels dépend la pacification de la société.

### **§3. Les dispositions internationales relatives au droit au travail**

**107.** La séquence historique de la Crise de 1929 et de la Deuxième Guerre mondiale – sur fond de représentation culturelle partagée du travail – a conduit à l'inscription du droit au travail dans les principales conventions internationales et régionales relatives aux droits

---

<sup>167</sup> Point 7 du Préambule, *ibid.*, p. 635-636.

<sup>168</sup> Article 1, D., *ibid.*, p. 639.

<sup>169</sup> R. L. SIEGEL, *Employment and Human Rights...*, *op. cit.*, p. 70.

<sup>170</sup> Suite aux propositions formulées par Santa Cruz (Chile) (E/CN.4/SR.216, 1951, p. 24) et Fischer (WFTU) (E/CN.4/SR.217, 1951, p. 4) ; cités dans M. CRAVEN, *The International Covenant*, *op. cit.*, p. 202.

humains adoptées dans l'après-guerre et dans les quelques décennies qui suivront. On citera, par ordre chronologique d'adoption, la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948), la Charte sociale européenne (1961), le Pacte international relatif aux Droits économiques, sociaux et culturels (1966), la Charte de l'Organisation des Etats américains (telle que modifiée par le Protocole de Buenos Aires en 1967), la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (1981), le Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels (1988). Le droit au travail est également repris dans différentes déclarations des Nations unies : la Déclaration sur le progrès et le développement dans le domaine social (1969) ainsi que dans la Déclaration sur le droit au développement (1986).

**108.** Parmi ces instruments, nous n'étudions, dans le cadre de la recherche, que les conventions de droit international des droits humains adoptées au niveau des Nations unies et du Conseil de l'Europe, soit la DUDH, le PIDESC et la CSE, dont les articles dédiés au droit au travail sont reproduits *in extenso* dans le tableau ci-dessous.

#### Encadré 9 - Les dispositions de la DUDH, du PIDESC et de la CSE consacrant le droit au travail

**Article 23, §1er de la DUDH :** « Toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et à la protection contre le chômage ».

**Article 6 du PIDESC :**

« 1. Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit au travail, qui comprend le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, et prendront des mesures appropriées pour sauvegarder ce droit.

2. Les mesures que chacun des Etats parties au présent Pacte prendra en vue d'assurer le plein exercice de ce droit doivent inclure l'orientation et la formation techniques et professionnelles, l'élaboration de programmes, de politiques et de techniques propres à assurer un développement économique, social et culturel constant et un plein emploi productif dans des conditions qui sauvegardent aux individus la jouissance des libertés politiques et économiques fondamentales ».

**Charte sociale européenne<sup>171</sup>**

*Partie I*

Les Parties contractantes reconnaissent comme objectif d'une politique qu'elles poursuivront par tous les moyens utiles, sur les plans national et international, la réalisation de conditions propres à assurer l'exercice effectif des droits et principes suivants:

1. Toute personne doit avoir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement entrepris (...).

*Partie II*

(...)

*Article 1 – Droit au travail*

En vue d'assurer l'exercice effectif du droit au travail, les Parties contractantes s'engagent:

1. à reconnaître comme l'un de leurs principaux objectifs et responsabilités la réalisation et le maintien du niveau le plus élevé et le plus stable possible de l'emploi en vue de la réalisation du plein emploi;
2. à protéger de façon efficace le droit pour le travailleur de gagner sa vie par un travail librement entrepris;
3. à établir ou à maintenir des services gratuits de l'emploi pour tous les travailleurs;

<sup>171</sup> On relèvera que, dans sa forme révisée, la Charte sociale européenne n'apporte aucune modification à l'article 1 relatif au droit au travail.

## Section 2. La traduction juridique d'un consensus *a minima* quant à la formulation du droit au travail

**109.** Si un consensus régnait autour de l'importance de reconnaître le principe du droit au travail dans les textes internationaux, des divergences profondes à propos de la formulation de ce droit ont marqué les discussions prévalant à l'adoption de ces textes. Nous avons vu dans le précédent chapitre que coexistaient, à l'époque, dans le monde, des conceptions politiques du droit au travail très différentes. Cette variété se manifestait notamment dans la diversité des formulations du droit au travail dans les constitutions nationales.

**110.** A première vue, les formulations du droit au travail retenues dans les textes internationaux paraissent vagues et abstraites. La lecture des travaux préparatoires met pourtant au jour que chaque terme des formules finales est le fruit d'après discussions et représente souvent une petite victoire pour l'une ou l'autre position exprimée autour de la table quant à la conception politique du droit au travail.

**111.** Après être revenu sur la formulation du droit au travail dans la DUDH (§1), nous explicitons les dessous du libellé des articles du PIDESC (§2) et de la CSE (§3) dédiés au travail, pour lesquels les débats ont été plus abondants dès lors qu'à la différence de la DUDH, ces articles devaient engendrer des obligations juridiques dans le chef des Etats.

### §1. Les débats relatifs à la formulation du droit au travail dans la DUDH<sup>172</sup>

**Article 23, §1er de la DUDH :** Toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et à la protection contre le chômage.

**112.** Le processus de rédaction et d'adoption de la DUDH s'est étendu de 1947 à 1948. Le Directeur de la Division des Droits de l'homme des Nations unies, John Peters Humphrey, a formulé un premier projet de déclaration. Sur cette base, René Cassin, le représentant de la France à la CDH, a rédigé un second projet, lequel a été soumis à la CDH et ensuite à la Troisième Commission. La DUDH a finalement été adoptée, dans sa formule actuelle, par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1948<sup>173</sup>.

<sup>172</sup> L'analyse présentée dans ce point repose sur l'ouvrage de Johannes Morsink (qui constitue à ce jour, le document le plus complet consacré à l'élaboration de la DUDH), et plus particulièrement son chapitre 5 intitulé « The Socialist Shape of Work-Related Rights » (*The Universal Declaration of Human Rights...*, op. cit., pp. 157-190). Sur le sujet, voy. également : A. VERDOODT, *Naissance et signification de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, Louvain, Nauwelaerts, 1958, et particulièrement les pages 216 à 230 qui synthétise les débats relatifs à l'article 23.

<sup>173</sup> J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights...*, op. cit., pp. 1-35. Sur les étapes préparatoires à l'adoption de la Déclaration, voy. également : A. VERDOODT, *Naissance et signification de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, op. cit., pp. 45-77.

**113.** Le projet de déclaration d'Humphrey contenait plusieurs articles approchant différents aspects du droit au travail. Le projet d'article relatif au droit au travail dans sa dimension de créance avait une forte consonance socialiste : « Chacun a le droit et le devoir d'accomplir un travail socialement utile »<sup>174</sup>. René Cassin a maintenu la formule, en ce compris le devoir de travailler. Il y ajouta « le droit au plein développement de la personnalité »<sup>175</sup>. Un article distinct du projet d'Humphrey portait sur le libre choix de l'emploi. Il disposait : « There shall be equal opportunity of access to all vocations and professions not having a public character »<sup>176</sup>. Ce deuxième article fut également maintenu dans le projet de Cassin<sup>177</sup>. Ce dernier introduisit par ailleurs dans le projet de Déclaration un nouvel article, suivant lequel : « Every one may hire his services for a time but may not either alienate his person nor place himself in a state of servitude to another »<sup>178</sup>.

**114.** Suite aux travaux de la Commission, la référence au « droit au libre développement de la personnalité » et l'article dédié à l'interdiction de l'aliénation au travail seront finalement supprimés, non pas parce que le caractère fondamental de ces droits aurait été mise en cause, mais parce que leur protection était déjà assurée par d'autres articles du projet de déclaration. L'article 29 proclamait en effet le droit au plein et libre développement de sa personnalité et l'article 4 interdisait l'esclavage, la servitude et le travail forcé<sup>179</sup>.

La référence au devoir de travailler sera également supprimée. Humphrey, juriste canadien de tendance socialiste, avait emprunté cette formule au projet du Comité juridique inter-américain<sup>180</sup> qui avait été soumis aux Nations unies par la délégation chilienne. Dans la tradition latine américaine, le devoir de travailler était considéré comme « une contribution au bien-être général de l'Etat » ; il était consacré sous des formes assez similaires, dans les constitutions du Brésil, de la Colombie, du Costa Rica, de l'Equateur, du Guatemala, du Paraguay et de l'Uruguay<sup>181</sup>. Nous avons vu que les Constitutions des Etats soviétiques contenaient également un tel devoir de travailler (cf. *supra*, n°72). Cassin avait repris le devoir de travailler dans son projet, probablement influencé par le fait que la Constitution française de 1946 proclamait elle-même un devoir de travailler. Figure d'exception parmi les constitutions des Etats du bloc de l'Ouest, la Constitution française disposait en effet que « Chacun a le devoir de travailler et le droit à obtenir un emploi »<sup>182</sup>. Nous avons vu que, dans la conception socialiste, le devoir de travailler de l'individu dans l'intérêt de la société est jugé compatible avec la liberté individuelle de choisir son emploi et le droit à l'épanouissement individuel par le travail puisque l'intérêt individuel est réputé correspondre à l'intérêt collectif. Dans cet esprit, Cassin précisera, dans sa formule, que « (c)hacun a le droit et le devoir d'accomplir un travail socialement utile et au plein développement de sa

<sup>174</sup> AC.1/3, cité dans J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights...*, *op. cit.*, p. 158.

<sup>175</sup> AC.1/3, cité dans *ibid.*, p. 161.

<sup>176</sup> AC.1/11, cité dans *ibid.*, p. 159.

<sup>177</sup> SR.13/p.17 cité dans *ibid.*, p. 159.

<sup>178</sup> W.2/Rev.1 cité dans *ibid.*, p. 160.

<sup>179</sup> *Ibid.*, pp. 160-161.

<sup>180</sup> Le Comité juridique inter-américain est un organe consultatif de l'Organisation des Etats américains en matière juridique.

<sup>181</sup> AC.1/3/Add.1/p. 310, cité dans J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights...*, *op. cit.*, p. 161.

<sup>182</sup> En ce sens, J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights...*, *op. cit.*, p. 161.

personnalité ». Eleanor Roosevelt, la représentante des Etats-Unis à la Commission, s'était opposée à la consécration d'un devoir général de travailler, avançant qu'un tel devoir « could be considered in certain countries as leading to forced labour »<sup>183</sup>. Elle relayait ainsi les préoccupations des partisans d'une conception libérale ou réformiste du droit au travail. Finalement, la référence au devoir de travailler sera supprimée, à la fois parce que les rédacteurs souhaitaient que la Déclaration se limite à exprimer les principes fondamentaux de manière concise et parce que, confrontés à une situation de chômage élevé après la guerre, ils réalisaient que beaucoup de personnes ne pourraient pas trouver immédiatement un travail<sup>184</sup>.

**115.** En ce qui concerne la disposition distincte relative au libre choix de l'emploi contenue dans les projets d'Humphrey et de Cassin, elle sera supprimée mais la protection du libre choix de l'emploi sera intégrée dans la disposition unique relative au droit au travail qui sera finalement adoptée. Cette question n'a quasiment pas fait débat. Aucun des participants au débat n'a jamais mis en cause le caractère fondamental du droit des individus à choisir librement leur emploi<sup>185</sup>. Nous avons en effet vu ci-dessus que, quelle que soit leur position sur la manière la plus adéquate de réaliser le droit au travail, les différentes traditions politiques partagent la conviction que le travail doit permettre aux personnes de se réaliser dans leur individualité et doit, pour se faire, être librement choisi.

**116.** Dans sa version finale, l'article 23 de la DUDH proclame que « toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail (...) et à la protection contre le chômage ». Dans notre référentiel actuel, le droit à la protection contre le chômage fait référence au droit à la sécurité sociale et à la mise en place de systèmes visant à assurer un revenu de remplacement aux personnes privées d'emploi. Dans cette perspective, on est tenté d'interpréter le fait que le droit à la protection contre le chômage soit consacré dans la même disposition que le droit au travail comme un rejet, par les auteurs du pacte, de la conception socialiste du droit au travail qui inclut une garantie individuelle d'emploi et emporte, en théorie, l'absence de chômage. Les auteurs de la Déclaration auraient opté pour la conception réformiste du droit au travail, alliant un droit au travail programmatique et un droit supplétif aux prestations de chômage pour les personnes qui ne trouvent pas d'emploi sur le marché du travail. Cette interprétation est erronée. Lors des débats, Cassin a expressément précisé que « the words 'protection against unemployment' *did not signify remedies against existing unemployment*. Provisions for that were contained in article 22 (droit à la sécurité sociale). The meaning of 'protection against unemployment' in this case was : *measures against the possibility of unemployment*. That part of the first paragraph thus corresponded to the wishes of the USSR delegation »<sup>186</sup>.

---

<sup>183</sup> Citée dans *ibid.*, p. 162.

<sup>184</sup> *Ibid.*, p. 162.

<sup>185</sup> J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights...*, op. cit., pp. 160-161.

<sup>186</sup> E/800, pp. 531-532, cité dans J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights...*, op. cit., p. 167. Cassin répondait ainsi aux préoccupations du représentant de la Tchécoslovaquie qui reprochait à la formule retenue de protéger uniquement « the right to protection against the consequences of unemployment... (and that) no mention was made of the duty of the State to prevent unemployment. Protection against its consequences was a sort of charity conferred upon the workers. It was therefore somewhat humiliating to them ; moreover it did not permit an effective struggle to be waged against unemployment. (The USSR amendment) (qui proposait de préciser les obligations des Etats) went further...since it aimed at imposing on the state and on society the

Le texte adopté au terme de la première session de la Commission ne précisait pas les obligations qui s'imposaient aux Etats au nom du droit au travail. A la suite de préoccupations exprimées par le représentant de l'URSS à ce propos lors de la deuxième session<sup>187</sup>, le représentant de la Biélorussie a proposé de préciser, dans une seconde phrase, les obligations qui s'imposent aux Etats en matière de lutte contre le chômage. La formule proposée était la suivante: « The state has an obligation to take all necessary measures to eliminate unemployment »<sup>188</sup>. Après discussion et amendements, la formule a été adoucie, les Etats s'engageant à prendre les mesures qui étaient « en leur pouvoir »<sup>189</sup>. Cette formule de compromis avait le mérite de pouvoir être rencontrée aussi bien par les Etats à économie planifiée – par l'octroi direct d'un travail aux citoyens – (conception socialiste du droit au travail) que par les Etats à économie de marché – par la mise en œuvre de mesures économiques pour lutter indirectement contre le chômage (conception réformiste du droit au travail). Lors des travaux en Troisième Commission, d'importantes tensions se sont manifestées entre ceux qui souhaitaient que la disposition se limite à proclamer le droit au travail sans expliciter les obligations qui en découlent pour les Etats et ceux qui plaidaient pour que les droits économiques, sociaux et culturels, qui sont de nouveaux droits, soient détaillés et explicités, afin de lever toute ambiguïté quant à leur nature<sup>190</sup>. Les motivations des membres du premier groupe n'étaient pas uniformes. Certains estimaient que le droit au travail impliquait logiquement des devoirs dans le chef des Etats, sans qu'il soit nécessaire de le préciser. La représentante de l'Inde expliqua ainsi que, conformément au principe de corrélation entre les droits et les devoirs, « if each individual has the right to work, it was logical that someone had the obligation to guarantee that he had work »<sup>191</sup>. D'autres membres souhaitaient que les obligations des Etats soient uniquement mentionnées dans le préambule, ne leur reconnaissant ainsi qu'un caractère moral<sup>192</sup> (conception libérale classique). Au terme des débats, le compromis fut le suivant : un paragraphe général sur les devoirs des Etats dans la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels fut consacré dans un article distinct (l'article 22) et on ajouta le droit à la protection contre le chômage dans l'article 23, pour affirmer le « droit au travail constant » et engager les Etats à lutter contre chômage<sup>193</sup>.

**117.** De l'analyse des travaux préparatoires de l'article 23 de la DUDH, Morsink conclut que la disposition porte une forte empreinte socialiste<sup>194</sup>. La reconnaissance juridique du droit au travail fait certainement écho aux préoccupations socialistes mais la formule adoptée ne consacre pas l'une ou l'autre conception politique du droit au travail ; elle est radicalement ouverte. Nous avons vu qu'elle ne s'oppose tout au plus pas à ce que les Etats sécurisent le droit au travail par le biais d'une garantie individuelle d'emploi (conception socialiste du droit au travail). La formule ne privilégie aucune voie de réalisation du droit au travail : elle se

---

obligation to prevent unemployment » (Nosek (Tchécoslovaquie), E/800, p. 528, cité dans J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights...*, op. cit., p. 167).

<sup>187</sup> Bogomolov (URSS), AC.2/SR.7/p. 11, cité dans *ibid.*, p. 162.

<sup>188</sup> Stepanenko (Biélorussie), AC.2/SR.7/p. 11, cité dans *ibid.*, p. 162.

<sup>189</sup> 82/Add.8/Art. 21, cité dans J. Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights...*, op. cit., p. 164.

<sup>190</sup> *Ibid.*, p. 164.

<sup>191</sup> Metha (Inde), SR.64/p. 10, cité dans *ibid.*, p. 164.

<sup>192</sup> E/CN.4/114, cité dans *ibid.*, p. 166.

<sup>193</sup> SR.65, p. 11, cité dans *ibid.*, pp. 166-167.

<sup>194</sup> J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights...*, op. cit., p. 157.

borne à préciser que les Etats ont l'obligation d'œuvrer à la réalisation du droit au travail, sans préciser la nature de ces obligations (négatives/positives, de résultat/de moyens). Il s'agit d'un compromis minimal dont chacune des conceptions politiques du droit au travail peut se revendiquer.

## §2. Les débats relatifs à la formulation du droit au travail dans le PIDESC<sup>195</sup>

### Article 6 du PIDESC

1. Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit au travail, qui comprend le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, et prendront des mesures appropriées pour sauvegarder ce droit.
2. Les mesures que chacun des Etats parties au présent Pacte prendra en vue d'assurer le plein exercice de ce droit doivent inclure l'orientation et la formation techniques et professionnelles, l'élaboration de programmes, de politiques et de techniques propres à assurer un développement économique, social et culturel constant et un plein emploi productif dans des conditions qui sauvegardent aux individus la jouissance des libertés politiques et économiques fondamentales.

**118.** Les négociations relatives à la formulation du droit au travail dans le Pacte ont débuté au sein de la CDH<sup>196</sup> en 1951 et 1952. La Commission a adopté un premier projet d'article rédigé comme suit :

« 1. Work being the basis of all human endeavour, the States Parties to the Covenant recognize the right to work, that is to say, the fundamental right of everyone to the opportunity, if he so desires, to gain his living by work which he freely accepts.

2. The steps to be taken by a State Party to this Covenant to achieve the full realization of this right shall include programmes, policies and techniques to achieve steady economic development and full and productive employment under conditions safeguarding fundamental political and economic freedoms to the individual »<sup>197</sup>.

Ce projet a ensuite été discuté au sein de la Troisième Commission de l'Assemblée générale des Nations unies<sup>198</sup>. Au terme de débats menés en 1956 et 1957, ladite Commission a adopté l'article 6 dans la forme que nous connaissons aujourd'hui.

**119.** En période de Guerre froide, les positions relatives à la réalisation du travail s'étaient cristallisées, parfois pour des raisons purement stratégiques<sup>199</sup>. Les discussions étaient

<sup>195</sup> Pour des développements plus complets sur les débats relatifs à l'élaboration de l'article 6 relatif au droit au travail du PIDESC, voy. M. CRAVEN, *The International Covenant...*, *op. cit.*, pp. 194-203. Les analyses menées dans ce point s'appuient essentiellement sur la relation des débats effectuée par Craven.

<sup>196</sup> Sur la CDH, voy. *supra*, note de bas de page 155.

<sup>197</sup> E/1992, Annex I, p. 323, §13, UN ESCOR, Supp. (No. 9), 1951, cité dans M. CRAVEN, *The International Covenant...*, *op. cit.*, p. 196.

<sup>198</sup> Sur la Troisième Commission, voy. *supra*, note de bas de page 156.

<sup>199</sup> R. L. SIEGEL, *Employment Rights and Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 64-65 et p. 69.

d'autant plus tendues que le projet ambitionnait d'énoncer les obligations juridiques précises découlant du droit au travail. A l'entame des négociations, les pays du bloc de l'Est défendaient la consécration d'une véritable garantie d'emploi dans le Pacte (conception socialiste du droit au travail).

La voix des pays du bloc de l'Ouest était plus divisée. Certains pays souhaitaient que les Etats s'engagent à prendre des mesures concrètes pour réaliser le droit au travail pour tous leurs nationaux<sup>200</sup> (conception réformiste). Mais le consensus de Philadelphie de 1944 quant au rôle actif des gouvernements dans la réalisation du plein emploi s'était délité. D'autres Etats préféraient ainsi que l'introduction du droit au travail dans le Pacte se limite à la formulation d'une obligation générale à destination des gouvernements qui figure dans un préambule éclairant tous les droits économiques, sociaux et culturels<sup>201</sup> (conception libérale classique). Tous les Etats du bloc de l'Ouest (conceptions réformiste et libérale classique) s'accordaient néanmoins à considérer que, dans une économie de marché, le droit au travail ne pouvait, en tout hypothèse, être réalisé que progressivement<sup>202</sup> ; certains affirmant en outre que la sécurisation du droit au travail ne pourrait jamais être remplie<sup>203</sup>, sauf à opter pour une économie planifiée par un gouvernement centralisé et autoritaire<sup>204</sup>.

**120.** Les représentants de l'OIT, en ce compris les représentants des travailleurs, plaidaient pour que la disposition relative au droit au travail consiste en une déclaration de principes généraux plutôt qu'en une disposition emportant des obligations positives précises à charge des Etats pour réaliser le plein emploi<sup>205</sup>. Cette position peut surprendre par son caractère timoré. Elle pourrait s'expliquer par la volonté des partenaires sociaux de garder la maîtrise sur l'élaboration des normes internationales du travail. Il faut préciser qu'à l'époque, l'OIT n'avait pas encore dégagé de position commune sur les obligations positives des Etats face au chômage<sup>206</sup>. Il faudra attendre 1964 pour que l'OIT adopte la Convention n°122 sur la politique de l'emploi<sup>207</sup>.

---

<sup>200</sup> Voy. la proposition en ce sens du Danemark en 1951 (U.N., C.D.H., Official Records, 7th sess., April 21-27, 1951, E/CN.4/AC14/SR2, p. 6 et E/CN.4A/AC15/SR3, p. 12, cité dans R. L. SIEGEL, *Employment and Human Rights...*, op. cit., p. 67).

<sup>201</sup> Le Royaume-Uni, notamment, a défendu une approche très restrictive du droit au travail (R. L. SIEGEL, *Employment and Human Rights...*, op. cit., pp. 66-67).

<sup>202</sup> Bowie (Royaume-Uni), E/CN.4/SR.206, 1951, p. 10 ; Sørensen (Danemark), E/CN.4/SR.207, 1951, p. 10 ; Roosevelt (Etats-Unis), E/CN.4/SR.276, 1952, p. 6, cités dans M. CRAVEN, *The International Covenant...*, op. cit., p. 195.

<sup>203</sup> Cassin (France), E/CN.4/SR.269, 1952, p. 4 ; Hoare (Royaume-Uni), E/CN.4/SR.278, 1952, p. 8 ; cités dans M. CRAVEN, *The International Covenant...*, op. cit., p. 196.

<sup>204</sup> Roosevelt (Etats-Unis), E/CN.4/SR.276, 1952, p. 6, cité dans M. CRAVEN, *The International Covenant...*, op. cit., p. 196. Encore dans ce sens, Eleanor Roosevelt déclarera en 1952 : « it was difficult to see how democratic States could guarantee absolutely and by their own action the right to work to all persons without becoming totalitarian states » (E/CN.4/SR.275, 1952, p. 11).

<sup>205</sup> U.N. C.D.H., Official records, 227th Sess, May 5, 1952, E/CN.4/AC15/SR227, p. 3 ; U.N., C.D.H., Summary record of the first meeting of the working group on Economic, Social and Cultural Rights, Geneva, 26 avril 1951, E/CN.4/AC14/SR.1, p. 12 et E/CN.4/AC14/SR.3, p. 16 ; cités dans R. L. SIEGEL, *Employment and Human Rights...*, op. cit., pp. 67-68.

<sup>206</sup> *Ibid.*, pp. 67-68 ; J.P. HUMPHREY, *Human Rights and the United Nations : A Great Adventure*, New York, Transnational Publishers, 1984, pp. 141-143.

<sup>207</sup> Sur cette convention, voy. *infra*, n°151 et 154-156.



**121.** Les Etats de l'Ouest dénonçaient par ailleurs la multiplication des mises à l'emploi forcées sous les régimes communistes. Ils en déduisaient que la garantie individuelle d'emploi serait incompatible avec la liberté de choisir son emploi et l'interdiction du travail forcé<sup>208</sup>. Ils insistaient dès lors sur la nécessité d'opter pour une formulation du droit au travail qui protège les individus contre le travail forcé et qui garantisse le libre choix de l'emploi<sup>209</sup> (droit-liberté – obligations négatives).

**122.** Au sein de la CDH, une coalition de majorité en faveur des pays du bloc de l'Ouest s'est dégagée. Dans un second temps, dans la Troisième Commission, le bloc de l'Est rejoint par les pays du Tiers-Monde les plus socialistes a obtenu la majorité et engrangé ainsi quelques belles réussites<sup>210</sup>.

**123.** Au niveau de la CDH, les représentants du bloc de l'Est proposaient que la formulation du droit au travail dans le Pacte engage les Etats à « garantir » ou à « assurer » le droit au travail<sup>211</sup>. Les Etats du bloc de l'Ouest proposaient que les Etats « promeuvent les conditions » dans lesquelles le droit au travail pourrait être réalisé<sup>212</sup>. Une majorité se dégagait finalement pour que les Etats soient tenus de « reconnaître » le droit au travail. Cette formulation inscrit le droit au travail dans le cadre de l'article 2, §1 du PIDESC qui prévoit la réalisation progressive des droits<sup>213</sup>. Cette majorité avait pu être formée grâce au vote de certains pays du Tiers-Monde qui y voyaient la reconnaissance de leurs difficultés à réaliser immédiatement le droit au travail<sup>214</sup>.

Les Etats du bloc de l'Est n'ayant pas obtenu que le droit au travail soit « garanti », ils plaident, dans un second temps lors des débats en commission, pour que soient énumérées dans l'article les mesures que les Etats s'engagent à prendre pour réaliser le droit au travail, ce qu'ils ont obtenu. Dans un deuxième paragraphe, l'article 6 énumère de façon non limitative les mesures qui doivent être mises en œuvre par les Etats pour réaliser le droit au travail. On relèvera que, dans ce paragraphe, le plein emploi est à la fois défini comme une mesure de

---

<sup>208</sup> Le représentant suédois Rössel a mis en doute le fait que la garantie du droit au travail et le libre choix de l'emploi puissent être assurés en même temps (E/CN.4/SR.216, p. 6) alors que le représentant du Royaume-Uni a demandé si les milliers de travailleurs forcés en URSS avaient été mis au travail selon leur libre choix (E/CN.4/SR.206, p. 10). Dans le même sens, le représentant des Etats-Unis a déclaré : « The reason why his delegation felt some misgivings about the expression « the right to work » was the existence of slave labour and the totalitarian control of workers in certain countries, the representatives of which claimed to have brought about the realization of that right » (E/CN.4/SR.216, p. 18). Tous trois cités dans F. J. H. C. SMIT, *Passende arbeid...*, op. cit., p. 91.

<sup>209</sup> M. CRAVEN, *The International Covenant...*, op. cit., p. 198.

<sup>210</sup> Alors que l'influence des Etats-Unis était importante dans la CDH, elle fut réduite dans la Troisième Commission à partir du moment où ils avaient annoncé qu'ils ne ratifieraient aucune des deux conventions (R. L. SIEGEL, *Employment and Human Rights...*, op. cit., pp. 67-68).

<sup>211</sup> Voy. par exemple la proposition de l'URSS (E/CN.4/AC.14/2, 1951, p. 3, citée dans M. CRAVEN, *The International Covenant...*, op. cit., p. 195).

<sup>212</sup> Voy. les propositions des Etats-Unis, du Danemark et de l'Egypte (E/CN.4/AC.14/2, 1951, p. 3, citées dans *ibid.*, p. 195).

<sup>213</sup> L'article 2, §1 du Pacte dispose : « Chacun des Etats parties au présent Pacte s'engage à agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives ».

<sup>214</sup> R. L. SIEGEL, *Employment and Human Rights...*, op. cit., p. 67.

réalisation du droit au travail et comme un objectif<sup>215</sup>. Cette référence au plein emploi comme objectif démontre que le droit au travail ne se limite pas au droit de ne pas être empêché de travailler (droit-liberté - protection des libertés économiques) mais comprend le droit au travail dans une dimension de créance<sup>216</sup>.

Au sein de la Troisième Commission, les Etats du Bloc de l'Est, ralliés par les pays du Tiers-Monde les plus socialistes, ont obtenu le vote d'un amendement polonais ajoutant au premier paragraphe, qu'outre reconnaître le droit au travail, « les Etats doivent prendre les mesures appropriées pour (le) protéger ». Ils emportèrent également la majorité pour que soit retiré l'amendement britannique qui proposait la suppression du deuxième paragraphe de l'article 6, au motif qu'il fallait laisser à l'OIT le soin de déterminer les mesures à adopter pour réaliser le plein emploi<sup>217</sup>.

**124.** Dans l'article 6, §1, il est précisé que les Etats reconnaissent le droit au travail « qui comprend le droit qu'a toute personne d'obtenir 'la possibilité' de gagner sa vie par un travail (...) ». Cette expression a fait consensus parce qu'elle était susceptible de multiples interprétations, permettant à chaque courant d'y trouver son compte. Certains Etats ont ainsi considéré que la formule impliquait que les Etats soient tenus fournir un emploi à toute personne désireuse de travailler (conception socialiste - obligation positive de résultat)<sup>218</sup>. D'autres ont estimé qu'elle exigeait des Etats qu'ils s'abstiennent de restreindre le libre accès au marché du travail (conception libérale classique) - obligation négative de protéger les libertés économiques<sup>219</sup>. La formule convenait aux Etats qu'ils aient opté pour une économie de marché ou une économie planifiée : elle ouvrait la possibilité aux Etats de réaliser le droit au travail soit par le biais d'embauches directes, soit indirectement par la stimulation de conditions économiques favorables à l'augmentation de l'emploi dans le secteur privé<sup>220</sup>.

**125.** Au sein de la CDH, les pays du bloc de l'Ouest avaient obtenu une très forte protection du droit au travail dans sa dimension de liberté. Dans le projet d'article de la CDH, le droit au travail était décrit comme « the fundamental right of everyone to the opportunity, if he so desires, to gain his living by work which he freely accepts »<sup>221</sup>. L'expression « if he so desires » aurait plutôt visé à protéger la liberté de ne pas travailler alors que la périphrase « which he freely accepts » protégeait l'interdiction du travail forcé et le libre choix de l'emploi. Certains membres de la CDH relevèrent que ces protections explicites du droit au

---

<sup>215</sup> Azkoul (Liban), E/CN.4/SR.276, 1952, p. 13 cité dans M. CRAVEN *The International Covenant...*, op. cit., p. 200.

<sup>216</sup> A/2929, 10 UN CAOR, Annexes (Agenda Item 28), part II, 1955, p. 103, §2.

<sup>217</sup> Elliot (Royaume-Uni), A/C.3/SR.709, 1956, p. 137, §29 ; Shipley (checker) (Canada), *ibid.*, §32 ; Thierry (France), *ibid.*, p. 138, §38 ; cités dans M. CRAVEN, *The International Covenant...*, op. cit., p. 200.

<sup>218</sup> Voy., par exemple, Akzoul (Liban), E/CN.4/SR.268, 1952, §8 ; Jevremovic (Yougoslavie), E/CN.4/SR.277, 1952, §11 ; cités dans M. CRAVEN, *The International Covenant...*, op. cit., p. 197.

<sup>219</sup> Voy., par exemple, Nisot (Belgique), E/CN.4/SR.268, 1952, §8 ; Pozhwak (Afghanistan), A/C.3/SR.710, 1956, p. 141, §7 ; cités dans M. CRAVEN, *The International Covenant...*, op. cit., p. 197.

<sup>220</sup> M. CRAVEN, *The International Covenant...*, op. cit., p. 197.

<sup>221</sup> E/1992, Annex I, p. 23, n°23, cité dans M. CRAVEN, *The International Covenant...*, op. cit., p. 198.

travail comme liberté n'étaient pas nécessaires puisqu'elles étaient implicitement contenues dans l'acception négative du « droit au travail »<sup>222</sup>.

Dans la Troisième Commission, certains Etats ont insisté sur le fait que, dans la société moderne, le travail est un droit des individus mais également un devoir moral des individus vis-à-vis de la société. Afin d'éviter « le parasitisme social »<sup>223</sup>, les Etats du Bloc de l'Est ont proposé et obtenu le retrait de la formule « if he so desires »<sup>224</sup>. Aucun accord n'est par contre survenu autour de l'affirmation d'un devoir légal de travailler dans l'article dédié au droit au travail. Pour le Bloc de l'Ouest, l'obligation de travailler doit demeurer morale sous peine d'être incompatible avec le principe du libre choix de l'emploi. A ce propos, il a été précisé, dans le deuxième paragraphe de l'article 6 que les mesures positives adoptées par les Etats doivent viser à réaliser le plein emploi « dans des conditions qui sauvegardent aux individus la jouissance des libertés politiques et économiques fondamentales »<sup>225</sup>. Cette formule visait à s'assurer que le plein emploi ne soit pas réalisé par des moyens totalitaires au détriment de la démocratie et des libertés civiles individuelles, dont le libre choix de l'emploi<sup>226</sup>. Elle n'est pas sans rappeler le Rapport Beveridge 'Full Employment in a Free Society' (cf. *supra*, n°85 et 86).

**126.** Dans la CDH, le projet d'article avait été voté par une majorité composée autour du Bloc de l'Ouest. Suite aux légères modifications obtenues dans la Troisième Commission, le projet final a été voté par les pays communistes et certains pays du Tiers-Monde alors que les pays de l'Ouest se sont finalement abstenus.

La lecture des débats relatifs à la formulation du droit au travail dans le Pacte démontre que l'article 6 relatif au droit au travail est une construction *ex post* à partir des expériences nationales. La formulation du droit au travail dans le Pacte apparaît comme un consensus minimal entre les différentes conceptions politiques du droit au travail représentées au débat. Aucune conception politique du droit au travail ne s'est imposée à travers la formulation retenue. Chaque courant y a toutefois imprimé sa marque. La formulation est large et indéterminée, de sorte que chaque camp pouvait considérer qu'elle traduisait sa conception politique du droit au travail<sup>227</sup>.

---

<sup>222</sup> En ce sens, voy. Jevremovic (Yougoslavie), E/CN.4/SR.216, 1951, p. 20 ; Cassin (France), E/CN.4/SR.216, 1951, p. 27. Cassin a ainsi déclaré : « Article 20 (later art. 6) contained both the positive and negative aspects, like the word 'droit' itself. Inherent in that word was the notion that it could be exercised voluntarily ; otherwise it would be an obligation. Equally inherent was the notion of the ability to exercise the right'. Il considérait dès lors qu'il n'y avait en réalité aucune raison d'inclure les termes « possibilité » or « if he so desires » dans le texte (E/CN.4/SR.268, 1952, p. 9) (tous cités dans CRAVEN, *The International Covenant...*, *op. cit.*, p. 198).

<sup>223</sup> A ce propos, voy. Aznar (Espagne), A/C.3/SR.709, 1956, p. 137, §30 ; Jaramillo Arrubla (Colombie), A/C.3/SR.709, 1956, p. 138, §44 ; Nestor (Roumanie), A/C.3/SR.710, 1956, p. 143, §21 ; Rivas (Venezuela), A/C.3/SR.710, 1956, p. 143, §21, ce dernier ayant relevé que la formule « if he so desires » allait à l'encontre des lois sur le vagabondage de son pays ; cités dans M. CRAVEN, *The International Covenant...*, *op. cit.*, p. 198.

<sup>224</sup> A/3525, n°27, pp. 3-4, §§ 25 et 28, cité dans M. CRAVEN, *The International Covenant...*, *op. cit.*, p. 198.

<sup>225</sup> A/3525, n°27, pp. 3-4, §§ 25 et 28, cité dans F.J.H.C. SMIT, *Passende arbeid...*, *op. cit.*, p. 108.

<sup>226</sup> Cette proposition des Etats-Unis avait été soutenue par des Etats du bloc de l'Ouest (M. Craven, *The International Covenant...*, *op. cit.*, p. 202).

<sup>227</sup> Voy. également en ce sens : R. L. Siegel, « *Employment and Human Rights...* », *op. cit.*, pp. 69-71 ; F.J.H.C. SMIT, *Passende arbeid...*, *op. cit.*, p. 87.

### §3. Les débats relatifs à la formulation du droit au travail dans la CSE<sup>228</sup>

#### *Partie I de la CSE*

Les Parties contractantes reconnaissent comme objectif d'une politique qu'elles poursuivront par tous les moyens utiles, sur les plans national et international, la réalisation de conditions propres à assurer l'exercice effectif des droits et principes suivants:

1. Toute personne doit avoir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement entrepris (...).

#### *Partie II*

(...)

#### *Article 1 – Droit au travail*

En vue d'assurer l'exercice effectif du droit au travail, les Parties contractantes s'engagent:

1. à reconnaître comme l'un de leurs principaux objectifs et responsabilités la réalisation et le maintien du niveau le plus élevé et le plus stable possible de l'emploi en vue de la réalisation du plein emploi;
2. à protéger de façon efficace le droit pour le travailleur de gagner sa vie par un travail librement entrepris;
3. à établir ou à maintenir des services gratuits de l'emploi pour tous les travailleurs;
4. à assurer ou à favoriser une orientation, une formation et une réadaptation professionnelles appropriées.

**127.** En ce qui concerne l'élaboration de la Charte sociale européenne, la situation était un peu différente. Autour de la table, on ne trouvait aucun Etat socialiste. Les Etats de l'Europe de l'Est n'ont en effet intégré le Conseil de l'Europe qu'après l'effondrement de l'URSS. Lors des débats sur le droit au travail, il n'a dès lors jamais été question de proclamer le droit sous la forme d'une garantie individuelle d'emploi. La discussion se nouait entre des Etats à économie de marché, qui défendaient des conceptions plus ou moins réformistes du droit.

**128.** Quelques mots à propos du processus institutionnel d'élaboration de la Charte. La Commission des Questions sociales de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe<sup>229</sup> avait élaboré un premier projet de Charte qu'elle avait soumis en 1955 à l'Assemblée consultative<sup>230</sup>. Suite au rejet du projet par l'Assemblée, un second projet a été rédigé en collaboration avec la Commission des Questions économiques<sup>231</sup>, et ensuite un troisième avec la participation de représentants de la Commission des Affaires générales<sup>232</sup>. L'Assemblée consultative transmet ce dernier au Comité des Ministres en 1956, en lui recommandant de le

<sup>228</sup> Nous remercions chaleureusement Brigitte Napiwocka, la secrétaire du Comité européen des droits sociaux, qui nous a envoyé, par pli postal, les cinq volumes dans lesquels sont consignés les travaux préparatoires de la Charte sociale européenne, lesquels n'ont pas encore été officiellement publiés.

<sup>229</sup> Sur la composition et les fonctions de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, voy., *supra*, note de bas de page 163.

<sup>230</sup> Projet de recommandation portant projet de la Charte sociale européenne présenté par la Commission des Questions sociales, Document 403, Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, 7<sup>ème</sup> session ordinaire, 26 octobre 1955, in Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires de la Charte sociale européenne* (édition provisoire), Vol. II, p. 153 et s.

<sup>231</sup> Projets de recommandation et rapports présentés, au nom de la Commission des Questions sociales, par MM. Heyman et Haekkerup, Rapporteurs, Charte sociale européenne et Conférence économique et sociale européenne, Document 488, Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, 8<sup>ème</sup> session ordinaire, 14 avril 1956, in Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires...*, *op. cit.*, Vol. III, p. 457 et s.

<sup>232</sup> Rapport sur l'établissement d'une Convention européenne des droits sociaux et économiques, Charte sociale européenne, Document 536, 27 septembre 1956, in Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires...*, *op. cit.*, Vol. III, p. 525 et s.

prendre en considération lors de l'élaboration de la Charte<sup>233</sup>. Parallèlement, le Comité social<sup>234</sup> avait travaillé sur un projet de Charte qu'il transmettait au Comité des Ministres. Ce projet ne constituait en réalité qu'une simple déclaration de principes<sup>235</sup>. Par Résolution du 15 décembre 1956, le Comité des Ministres donna alors mandat au Comité social de rédiger un nouveau projet de Charte, qui soit plus qu'une liste de principes généraux, en prenant en compte la recommandation de l'Assemblée consultative et après consultation des organisations européennes de travailleurs et d'employeurs<sup>236</sup>. Après modifications du projet du Comité social suite à l'avis d'une conférence tripartite<sup>237</sup> et de l'Assemblée consultative<sup>238</sup>, le texte définitif de la Charte fût finalement adopté le 18 octobre 1961.

**129.** Dans la Charte, la première partie liste les droits et les principes dont la réalisation doit constituer l'objectif des politiques que les Etats parties poursuivront. Dans la deuxième partie, sont précisées les obligations à charge des Etats qui découlent des droits énumérés dans la première partie. Le droit au travail est le premier droit à être listé dans la première partie ; il fait également l'objet du premier article de la deuxième partie.

On relèvera que le droit au travail a failli ne figurer que dans la première partie, parmi les objectifs de la politique des Etats, certains d'entre eux arguant qu'il était préférable de lui reconnaître le statut de déclaration d'intention plutôt que de droit à part entière<sup>239</sup>. M. Corish, membre de l'Assemblée consultative pour l'Irlande, considérait ainsi que « (d)éclarer que le plein emploi doit être le souci constant des Parties contractantes est un sentiment excellent et qu'il approuve sans réserves, mais le traduire en un droit de l'individu, sauf dans un sens général, est une tout autre affaire (...) »<sup>240</sup>. Dans la pure tradition libérale classique, certains Etats estimaient que les obligations positives des Etats de réaliser le droit au travail devaient demeurer dans le domaine de la morale. Cette proposition fut toutefois rejetée.

**130.** Le droit au travail a été reconnu par les auteurs du Pacte comme un droit-créance, dont découlent des obligations juridiques à l'égard des Etats de prendre des mesures positives pour réaliser le droit. Si ce dernier a été reconnu comme droit-créance, il n'a par contre jamais été

---

<sup>233</sup> Recommandation 104 (1956) relative à une Convention européenne des droits sociaux, Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, 8<sup>ème</sup> session ordinaire, 26 octobre 1956, in Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires...*, op. cit., Vol. III, p. 633.

<sup>234</sup> Le Comité social est un comité intergouvernemental composé de hauts fonctionnaires compétents en matière sociale. Il a été créé en 1954 par le Comité des Ministres pour préparer un projet de convention européenne sur les droits économiques, sociaux et culturels.

<sup>235</sup> Rapport du Comité social, CM (56) 63, Conclusions, 3<sup>ème</sup> session, Strasbourg, 8 mai 1956, in Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires...*, op. cit., Vol. III, p. 721.

<sup>236</sup> Résolution (56) 25 adoptée par le Comité des Ministres, Charte sociale européenne, 15 décembre 1956, in Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires...*, op. cit., Vol. III, p. 871.

<sup>237</sup> Sur les travaux de la Conférence tripartite convoquée par l'Organisation internationale du travail à la demande du Conseil de l'Europe, voy. : Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires...*, op. cit., Vol. V, p. 159 et s.

<sup>238</sup> Sur les travaux de l'Assemblée consultative, voy. : Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires...*, op. cit., Vol. V, p. 125 et s.

<sup>239</sup> Conseil de l'Europe, Comité social, Rapport du Comité social au Comité des Ministres, 5<sup>ème</sup> session, CM (57) 24, 31 juillet 1957, in Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires...*, Vol. IV, Strasbourg, p. 353.

<sup>240</sup> Travaux préparatoires, article 1, p. 9, cités dans Conseil de l'Europe, *Emploi, orientation et formation professionnelles dans la Charte sociale européenne...*, op. cit., p. 13.

question qu'il implique une garantie individuelle d'emploi. Dans le premier projet de Charte sociale établi par la Commission des Questions sociales, l'article 1 disposait :

« Toute personne a droit au travail. Dans l'exercice de ce droit, elle doit avoir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement accepté.

Les Hautes Parties Contractantes s'engagent notamment à veiller au maintien du volume d'investissements publics nécessaires au plein emploi en Europe et à pallier les insuffisances éventuellement par des investissements publics, à aider, susciter ou créer les activités économiques nouvelles, susceptibles entre autres de se substituer aux activités en voie de disparition, à assurer la réadaptation et le reclassement de la main d'œuvre au chômage »<sup>241</sup>.

Lors de la présentation à l'Assemblée consultative du projet par le président de la Commission des Questions sociales, M. Heyman a expliqué que le deuxième alinéa posait certes les obligations positives qui incombent aux Etats pour assurer l'exercice du droit au travail mais qu'il posait également les limites du droit au travail – absence de garantie individuelle d'emploi - en exposant que son exercice tendait à dépendre de données économiques :

« La seule déclaration de ces droits pourrait facilement susciter des espoirs illusoires et même donner lieu à des revendications judiciaires individuelles contre les pouvoirs publics. C'est pour pallier ces inconvénients que les dispositions de cette partie du projet contiennent un deuxième alinéa d'après lequel l'exercice du droit visé est conditionné par les données et possibilités économiques, ainsi que par un certain nombre de mesures à prendre par les Etats signataires.

Il s'ensuit qu'une revendication adressée aux pouvoirs publics, par exemple de la part d'un chômeur, revendication tendant à l'obtention de la garantie d'un emploi, (...), ne saurait être recevable et que, d'après les termes de l'article 11 du projet de Charte, la garantie donnée par les pouvoirs publics en cas de chômage portera sur l'exécution des prestations sociales, ce qui exclut une action directe de la part du chômeur en question »<sup>242</sup>.

**131.** Le projet de la Commission des Questions sociales ne contenait certes pas de garantie individuelle d'emploi mais il imposait aux Etats des engagements forts et précis en faveur de la réalisation du droit au travail<sup>243</sup>. Pour rappel, le deuxième paragraphe était ainsi libellé :

---

<sup>241</sup> Projet de recommandation portant projet de la Charte sociale européenne présenté par la Commission des Questions sociales, Document 403, Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, 7<sup>ème</sup> session ordinaire, 26 octobre 1955, in Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires...*, op. cit., Vol. II, p. 154.

<sup>242</sup> Discussion générale du projet de recommandation présenté par la Commission des Questions sociales et de la communication de la Commission des Questions économiques, Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, 7<sup>ème</sup> session ordinaire, Compte-rendu officiel de la 15<sup>ème</sup> séance, 18 octobre 1955, in Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires...*, op. cit., Vol II., pp. 181-182 ; voy. également, en ce sens : Commission des Questions sociales, Note du secrétariat de la Commission des Questions sociales sur l'Avant-Projet de Charte sociale établi par le Groupe de travail, AS/Soc (6) 30, Strasbourg, 25 juin 1955, cité dans Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires...*, op. cit., Vol II, p. 118.

<sup>243</sup> Lors des débats à l'Assemblée consultative, le membre suédois, Monsieur Bengtsson, a déclaré que l'une des conclusions de la Commission des Questions sociales était « que le chômage ne peut être supprimé que par l'établissement d'une économie planifiée, ce qui, nul ne l'ignore, implique l'introduction de restrictions

« Les Hautes Parties contractantes s'engagent notamment à veiller au maintien du volume d'investissements nécessaires au plein emploi en Europe et à pallier les insuffisances éventuelles par des investissements publics, à aider, susciter, ou créer des activités économiques nouvelles, susceptibles entre autres de se substituer aux activités en voie de disparition, à assurer la réadaptation et le reclassement de la main d'œuvre en chômage ». On sent très fortement l'influence de la doctrine de Keynes dans le libellé de l'article : la réalisation du plein emploi passe par des politiques macro-économiques de stimulation de la demande. Les engagements étaient forts parce qu'ils visaient le plein emploi. Ils étaient précis parce qu'ils détaillaient les politiques que les Etats devaient concrètement mener pour réaliser le plein emploi.

**132.** Le projet de la Commission des Questions sociales a été rejeté par l'Assemblée consultative, notamment parce qu'il imposait aux Etats des politiques économiques précises afin de réaliser les objectifs sociaux. Selon la Commission des Questions économiques, dont les préoccupations étaient partagées par de nombreux Etats, une telle spécification des politiques économiques à mener pour réaliser les droits et objectifs proclamés dans la Charte devait être évitée car :

« de par sa nature même, la politique économique est soumise aux fluctuations constantes des controverses politiques et il ne semble pas que la Charte, destinée à servir de cadre permanent à la politique sociale européenne, doivent exprimer en pareilles matières une préférence qui risquerait d'être bientôt dépassée. Ces controverses proviennent en partie de philosophies politiques divergentes qu'il convient de laisser se départager par les voies démocratiques normales »<sup>244</sup>.

**133.** Appelée à participer à la mise sur pied d'un nouveau projet de Charte, la Commission des Questions économiques a soumis un à la Commission des Questions sociales qui s'éloignait, sur le plan idéal-typique, de la conception réformiste du droit au travail pour se rapprocher de la conception libérale classique. Il combinait, par rapport au premier projet, un affaiblissement du droit au travail comme créance et une explicitation du droit au travail dans sa dimension de liberté.

La Commission avait tout d'abord supprimé la référence au plein emploi, en invoquant la difficulté de concilier le plein emploi et « la stabilité du pouvoir d'achat de la monnaie »<sup>245</sup>. L'engagement des Etats devait dorénavant se limiter à assurer « un niveau stable et élevé de

---

économiques. D'aucuns estiment que de telles méthodes frayent la voie au communisme. Je n'en crois rien ; tout au contraire, je pense que c'est le chômage et un niveau social insuffisant qui ont jeté bien des gens dans les bras du communisme » (M. Bengtsson, Compte-rendu officiel de la 25<sup>ème</sup> séance de l'Assemblée consultative du 24 octobre 1956, p. 615, cité dans Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires...*, op. cit., Vol II, p. 118).

<sup>244</sup> Commission des Questions économiques, Charte sociale européenne et Conseil économique et social européen, Projet de rapport par M. Kalbitzer, Rapporteur, AS/EC (7) 24, le 28 février 1956, in Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires...*, op. cit., Vol. III, p. 55. Voy. également : Lettre de M. Per Federspiel, Président de la Commission des Questions économiques, à M. Guy Mollet, Président de l'Assemblée, relative à la discussion, à l'Assemblée, de la question de la Charte sociale et du Conseil économique et social, AS/B (7) 8 Document 407, 15 octobre 1955, in Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires...*, op. cit., Vol. II, p. 141 et s.

<sup>245</sup> Travaux préparatoires, article 1, Vol. 1, p. 9 cité dans Conseil de l'Europe, *Emploi, orientation et formation professionnelles dans la Charte sociale européenne...*, op. cit., p. 15.

l'emploi »<sup>246</sup>. Par ailleurs, la référence aux investissements comme méthode de réalisation du droit au travail était supprimée, car elle avait paru « donner une image trop simplifiée des moyens nécessaires à la réalisation d'un niveau stable et élevé d'emploi »<sup>247</sup>. Les Etats s'engageaient dorénavant uniquement à « prépar(er) des budgets nationaux de la main d'œuvre et (à) établi(r) des programmes de développement à long terme, y compris des programmes de travaux publics susceptibles d'être adaptés aux fluctuations de la situation de l'emploi »<sup>248</sup>.

D'un autre côté, le projet était plus explicite en ce qui concerne la liberté du travail. Il protégeait, comme le projet de la Commission des Questions sociales, le libre choix de l'emploi mais il consacrait également une phrase à la protection du libre accès au marché du travail. Il engageait les Etats « à établir ou à maintenir le droit au travail libre de toute restriction »<sup>249</sup>. Cette formule assurait la protection des libertés économiques et l'interdiction des discriminations dans l'accès à l'emploi.

**134.** L'inclusion ou non de l'expression du plein emploi fera longtemps débat. Elle sera finalement réintroduite lors de la Conférence tripartite de 1958 sur la Charte à la demande des représentants de travailleurs et d'un certain nombre d'Etats<sup>250</sup>. Au terme de l'article 1, §1, les Etats s'engagent finalement « à reconnaître comme l'un de leurs principaux objectifs et responsabilités la réalisation et le maintien du niveau le plus élevé et le plus stable possible de l'emploi en vue de la réalisation du plein emploi ». Le premier paragraphe ne contient par contre pas la moindre précision quant aux types de politiques à mener pour réaliser le plein emploi. Deux paragraphes ont toutefois été ajoutés : les Etats s'engagent à établir ou à maintenir des services gratuits de l'emploi pour tous les travailleurs (article 1, §3) et à assurer ou à favoriser une orientation, une formation et une réadaptation professionnelles appropriées (article 1, §4). Les droits à l'orientation et à la formation professionnelle par ailleurs consacrés aux articles 9 et 10 de la Charte sont donc considérés comme des composantes du droit au travail<sup>251</sup>. Ils traduisent la volonté de rendre effective la liberté des individus de choisir librement leur emploi<sup>252</sup>.

**135.** L'article 1<sup>er</sup> de la Charte n'établit aucun lien entre le droit au travail et le droit aux prestations de chômage pour les personnes involontairement privées d'emploi. Ce lien a toutefois été mis en évidence à plusieurs reprises lors de débats relatifs à l'élaboration de

---

<sup>246</sup> Commission des Questions économiques, Projet de rapport par M. Kalbitzer, Rapporteur, Charte sociale européenne et Conseil économique et social européen, AS/EC (7) 24, Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, Strasbourg, le 28 février 1956, in Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires...*, op. cit., Vol. III, p. 71.

<sup>247</sup> *Ibid.*, p. 99.

<sup>248</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>249</sup> *Ibid.*, p. 99.

<sup>250</sup> Compte-rendu des travaux de la Conférence tripartite convoquée par l'Organisation internationale du travail à la demande du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1<sup>er</sup>-12 décembre 1958, Annexe II, Rapport de la Commission des clauses de fond, in Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires...*, op. cit., Vol. V, pp. 569-571.

<sup>251</sup> Rapport préparé par la Division des questions sociale de la Direction des Etudes sur la base des réponses des gouvernements au questionnaire établi par le Comité social, CE/Soc (56) 6, Strasbourg, 13 mars 1956, in Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires...*, op. cit., Vol. III, p. 704.

<sup>252</sup> En ce sens, voy. M. Bonnesen (Danemark), Comité social, Projet de résumé des débats de la troisième session, CE/Soc (56) 12, Strasbourg, 29 août 1956, in Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires...*, op. cit., Vol. III, p. 749.



l'article relatif au droit au travail. Dans son rapport, le Comité social avait mentionné, dans le contenu du droit, « les dispositions relatives à l'assurance chômage ou à l'assistance aux chômeurs »<sup>253</sup>. Le droit à l'indemnisation du chômage apparaissait ainsi comme un droit supplétif au droit au travail (conception réformatrice du droit au travail). On relèvera par ailleurs que la reconnaissance du droit au travail est jugée d'autant plus centrale qu'elle renforce l'exigence éthique de garantir un droit aux prestations sociales au bénéfice des personnes qui ne peuvent effectivement exercer leur droit au travail. Monsieur Moutet, représentant la France à la Commission des Questions sociales, déclara ainsi que « le droit au travail est une obligation de la part de l'Etat. C'est pour cela d'ailleurs que les Etats prévoient des indemnités pour les chômeurs et pour les travailleurs qui, pour une raison ou une autre, ne peuvent pas travailler. En maintenant le texte de la Commission des Questions sociales, on obligerait entre autres les pays qui ont un système de sécurité sociale insuffisant à s'aligner sur les systèmes en vigueur dans les pays les plus évolués dans ce domaine »<sup>254</sup>.

**136.** A propos de la formule finale, on soulignera encore qu'elle marque une certaine emphase sur le droit au travail en tant que liberté. La formulation générale du droit au travail retenue dans la première partie met en effet l'accent sur la liberté d'accès au marché du travail (« Toute personne doit avoir la 'possibilité' de gagner sa vie par un travail ») et sur le libre choix de l'emploi (« par un travail 'librement entrepris' »). Par ailleurs, dans la deuxième partie de la Charte, le mot « droit » n'est utilisé qu'au deuxième paragraphe qui a trait au droit au travail dans sa dimension de liberté – le « droit pour le travailleur de gagner sa vie par un travail librement entrepris » suivant l'expression de la Charte.

**137.** Nous relèverons enfin que la formulation du droit au travail dans la Charte ne contient aucune allusion à un quelconque devoir, fût-ce moral, de travailler. Lors des discussions à la Commission des questions sociales, le représentant de la Grèce, Monsieur Manoussis, avait proposé d'inclure une référence à « la fonction sociale » du travail dans l'article sur le droit au travail. Le Président avait répondu qu'« il vaudrait mieux parler de ces considérations générales dans le Préambule étant donné qu'il ne s'agit pas dans cette partie (de la Charte) de devoirs mais de droits »<sup>255</sup>. Le préambule n'inclura finalement aucune référence au devoir de travailler.

\*\*\*

**138.** La formulation du droit au travail dans le droit international des droits humains n'est pas une construction *ex nihilo*. Elle s'appuie sur les expériences nationales. Si les Etats

---

<sup>253</sup> Comité social, Rapport préparé par la Division des Questions sociales de la Direction des Etudes sur la base des réponses des gouvernements au questionnaire établi par le Comité social, CE/Soc (56) 4, Strasbourg, 30 janvier 1956, in Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires...* op. cit., Vol. III, p. 663.

<sup>254</sup> Commission des Questions sociales, Projet de Procès-verbal des séances de la Commission des Questions sociales tenues le 9 mars 1956, 5<sup>ème</sup> session, Strasbourg, 4 avril 1956, AS/Soc (7) PV 9, in Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires...*, op. cit., Vol. III, p. 410.

<sup>255</sup> Commission des questions sociales, Procès-Verbal de la réunion tenue le 10 septembre 1955, Discussion sur l'avant-projet de Charte Sociale, AS/Soc (7) PV3 Révisé, Strasbourg, 17 octobre 1955, in Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires...*, op. cit., Vol. II, pp. 131-132.

reconnaissaient tous le principe du droit au travail, ils avaient privilégié des voies distinctes de réalisation du droit au travail. L'enchaînement de la Crise de 1929 et de la Deuxième Guerre mondiale a créé l'élan suffisant pour consacrer le principe du droit au travail dans le droit international des droits humains. Lors des débats présidant à l'élaboration des différents textes, les différentes conceptions politiques du droit au travail se sont affrontées (conceptions socialiste, libérale et réformiste), si ce n'est qu'aucun Etat ne représentait la conception socialiste lors des débats qui ont présidé à l'élaboration de la CSE. Au terme des discussions, aucune conception ne l'a emporté. Toutefois, si le texte de l'article 1<sup>er</sup> de la CSE (droit au travail) n'exclut pas formellement la conception socialiste (garantie individuelle d'emploi), il porte un intérêt plus marqué à la dimension de liberté qu'à la dimension de créance du droit et la lecture des travaux préparatoires révèle sans ambiguïtés, que les Etats n'ont jamais entendu s'inscrire dans une telle perspective. Les débats n'ont par ailleurs pas mené à la construction d'une nouvelle conception internationale du droit au travail.

**139.** Les formulations adoptées relaient les préoccupations des différentes conceptions politiques du droit au travail présentes autour de la table. Elles constituent un consensus *a minima*, le plus petit commun dénominateur entre les différentes conceptions politiques du droit au travail. Des différentes dispositions internationales, nous retiendrons deux traits essentiels communs : d'une part, elles lient la politique économique et sociale des Etats à la recherche du plein emploi ; d'autre part, elles affirment la liberté des individus de choisir leur emploi. Ces deux traits font écho aux fonctions centrales assignées au travail dans les sociétés modernes (cohésion sociale et auto-réalisation).

**140.** La formulation du droit au travail dans le droit international des droits humains traduit un « compromis sans consensus »<sup>256</sup>. On peut estimer qu'il s'agit d'un pauvre compromis, aucune conception politique ne l'ayant emporté et chacune d'elles pouvant considérer son approche conforme aux dispositions internationales relatives au travail, vu les formules évasives et floues de ces dernières. On peut également considérer que l'indétermination des dispositions est une force : le droit au travail ne s'adosse pas définitivement à une conception politique du droit au travail. Il peut servir d'outil pour critiquer des réformes ou en demander ; les exigences concrètes qui en découlent peuvent être amenées à évoluer, en fonction de l'évolution du contexte économique et social, en vue de réaliser au mieux le droit des individus à accéder à un emploi de leur choix.

**141.** Le 7 décembre 2000 à Nice, l'Union européenne a adopté la Charte des droits fondamentaux de l'Union<sup>257</sup>. Si le droit de la Charte n'entre pas dans notre champ d'analyse<sup>258</sup>, il est intéressant de mentionner que la formulation retenue dans ce texte, adopté 40 ans après la CSE et le PIDESC, manifeste un glissement important en faveur de la

---

<sup>256</sup> J. SARKIN et M. KOENIG, « Developing the Right to Work : Intersecting and Dialoguing Human Rights and Economic Policy », *Human Rights Quarterly*, Vol. 33, n°1, 2011, p. 24, R. L. SIEGHEL, *Employment and Human Rights...*, *op. cit.*, p. 21 et pp. 69-71.

<sup>257</sup> Sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, voy. S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER et A. WARD (dir.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, Hart Publishing, 2014 et J.-Y. CARLIER et O. DE SCHUTTER, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

<sup>258</sup> Pour une justification de cette exclusion, voy. l'introduction générale de la thèse, n°13.

conception libérale du droit au travail. L'article 15 proclame la « liberté professionnelle » et le « droit de travailler » (cf. encadré ci-dessous). Le droit de travailler évoque la formule retenue par Turgot suivant laquelle le droit au travail est réalisé à travers la protection des libertés économiques. Si les travaux préparatoires de l'article 15 de la Charte se réfèrent à l'article 1, §2 de la Charte qui, pour rappel, protège non seulement le libre accès au marché du travail (libertés économiques) et la liberté des individus dans la relation de travail, en ce compris l'interdiction du travail forcé (liberté civile), force est de constater que l'article 15 se concentre essentiellement sur les libertés économiques. En ce sens, les travaux préparatoires de l'article 15 se réfèrent à la jurisprudence de la Cour de justice relative à la libre détermination de l'activité professionnelle et le deuxième paragraphe de l'article est dédié aux libertés de circulation, d'établissement et de prestations de services des citoyens de l'Union au sein des Etats membres de l'Union. Plus important, l'article 15 ne contient aucun paragraphe qui lierait les Etats à la poursuite du plein emploi (le droit au travail dans sa dimension de créance). L'objectif du plein emploi n'est pas abandonné pour autant : il ne ressort toutefois pas du domaine des droits humains mais du domaine de la politique à travers des outils tels que la Stratégie européenne pour l'emploi<sup>259</sup>. Au niveau du Conseil de l'Europe, l'objectif du plein emploi a par contre été maintenu dans le giron des droits humains lors de la révision de la Charte sociale européenne en 1996. La formulation du droit au travail retenue à l'article 15 de la Charte des droits fondamentaux correspond à la conception libérale du droit au travail suivant laquelle seule la dimension de liberté du droit au travail doit être protégée dans le droit des droits humains<sup>260</sup>. On relèvera enfin que l'article 29 de la Charte consacre par ailleurs le droit d'accéder gratuitement à un service de placement<sup>261</sup>. Il s'agit de l'unique soubresaut du droit au travail dans sa dimension de créance dans la Charte.

Extraits pertinents de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

*Chapitre 1 – Dignité*

(...)

*Article 15 - Liberté professionnelle et droit de travailler*

1. Toute personne a le droit de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée.
2. Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union a la liberté de chercher un emploi, de travailler, de s'établir ou de fournir des services dans tout État membre.

<sup>259</sup> En ce sens, voy. également D. ASHIAGBOR, « The Right to Work », in in G. De Burca et B. De Witte, *Social Rights in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 244: « The difference between the EU discourse and that contained in the ESC is that discussions on full employment are not conceptualized as concerning individual (or even collective) rights, but rather as a matter of economic, employment, and social policy, in particular, within the context of the European Employment Strategy and the Lisbon Strategy ».

<sup>260</sup> Sur l'article 15 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, voy. D. ASHIAGBOR, « Article 15 – Freedom to Choose an Occupation and Right to Engage in Work », in Steve Peers, Tamara Hervey, Jeff Kenner and Angela Ward (dir.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, op. cit., pp. 423-435.

<sup>261</sup> Sur l'article 29 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, voy. D. ASHIAGBOR, « Article 29 – Right of Access to Placement Services », in Steve Peers, Tamara Hervey, Jeff Kenner and Angela Ward (dir.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, op. cit., pp. 795-804.

3. Les ressortissants des pays tiers qui sont autorisés à travailler sur le territoire des États membres ont droit à des conditions de travail équivalentes à celles dont bénéficient les citoyens ou citoyennes de l'Union.

(...)

*Chapitre 4 – Solidarité*

(...)

*Article 29 - Droit d'accès aux services de placement*

Toute personne a le droit d'accéder à un service gratuit de placement

### Section 3. La prévalence du modèle réformiste dans l'application du droit au travail

**142.** Après nous être penché sur les formulations du droit au travail dans les textes internationaux, nous examinons comment elles ont été concrétisées, d'une part, *via* les lignes d'interprétation dégagées par la jurisprudence internationale et, d'autre part, *via* les normes internationales visant à réaliser le droit. Alors que la formulation du droit dans les textes internationaux englobait *a priori* les préoccupations des différentes conceptions politiques, la sa concrétisation a opéré un glissement en faveur de la conception réformiste.

**143.** Le droit au travail est décliné en trois composantes : le droit au travail dans sa dimension de créance, le droit au travail librement entrepris et le droit à l'indemnisation du chômage involontaire. Nous procédons à leur description. Le droit au travail dans sa dimension de créance est affirmé comme un droit programmatique dont découlent uniquement des obligations de moyens. Il demeure à l'état embryonnaire et est considéré comme peu justiciable (a). Le droit au travail librement entrepris est identifié par la jurisprudence internationale au droit au travail dans sa dimension de liberté. Il connaît des développements conséquents et lui est reconnu un caractère hautement justiciable (b). Le droit à l'indemnisation du chômage involontaire acquiert une importance centrale parce qu'en assurant l'autonomie financière des chômeurs qui ne trouvent pas d'emploi convenable sur le marché du travail, il pallie, d'une part, l'absence de sécurisation du droit au travail dans sa dimension de créance et il supporte, d'autre part, le droit au travail librement choisi des travailleurs (c.).

**144.** Cette analyse est précédée d'une remarque préliminaire destinée à souligner que les fonctions assignées au droit au travail sont réaffirmées, tant dans les normes d'interprétation du droit au travail que dans ses normes d'application.

### *Remarque préliminaire : continuité des fonctions assignées au travail*

**145.** Dans son Observation générale de 2005 sur le droit au travail, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CDESC) lie explicitement l'affirmation du travail, comme droit humain, à ses fonctions instrumentale et intrinsèque : « Toute personne a le droit de pouvoir travailler, lui permettant ainsi de vivre dans la dignité. Le droit au travail concourt à la fois à *la survie* de l'individu et de sa famille et, dans la mesure où le travail est librement choisi ou accepté, à *son épanouissement et sa reconnaissance au sein de la communauté* »<sup>262</sup>.

**146.** L'Organisation internationale du travail a adopté plusieurs conventions et recommandations visant à la réalisation du plein emploi productif et librement choisi<sup>263</sup>. Elle n'a placé son action sous la coupole des droits humains qu'à la fin des années 1970<sup>264</sup> mais la valorisation du travail est au cœur de sa démarche depuis sa création. Nous avons déjà relevé<sup>265</sup> dans la Déclaration de Philadelphie que la « plénitude de l'emploi » constitue un objectif de l'OIT mais également un moyen pour réaliser « le droit de tous les êtres humains à poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité, dans la sécurité économique et avec des chances égales ». En 1976, la Conférence mondiale pour l'emploi a adopté une déclaration dans laquelle l'emploi librement choisi est affirmé à la fois comme un moyen et une fin dans le cadre d'une politique centrée sur les besoins essentiels<sup>266</sup>. Le travail est ainsi inclus dans les besoins essentiels en tant que médium pour subvenir à ses besoins et pour créer du lien social mais également pour son rôle direct dans le bien-être physique et psychologique des individus<sup>267</sup>.

**147.** Dans les textes de l'OIT, il apparaît par ailleurs très clairement que les fonctions économique et sociale du travail sont également au cœur du fondement de l'action de l'Organisation pour le plein emploi. En guise d'illustration, la Conférence internationale du travail a adopté en 1979 une résolution réaffirmant la validité de la déclaration de 1976. Dans cette dernière, elle met en évidence que le travail est à la fois central pour l'épanouissement

---

<sup>262</sup> C.D.E.S.C., Observation générale n°18 relative au droit au travail, Article 6 du Pacte international relatif aux droits sociaux, économiques et culturels, 35<sup>ème</sup> session, Genève, adoptée le 24 novembre 2005, E/C.12/GC/18, p. 2, §1.

<sup>263</sup> Voy. *infra*, Encadré 10.

<sup>264</sup> O.I.T., Rapport du Directeur-Général, *Human Rights – A Common Responsibility*, C.I.T., 75<sup>ème</sup> session, Genève, 1988, pp. 3-4. L'action de l'OIT pour assurer la sauvegarde et pour promouvoir les droits humains revêt trois formes principales : « definition of rights (especially, though not solely, through the adoption of Conventions and Recommendations) ; measures to secure the realisation of the rights so defined (especially by means of international supervision) ; assistance in the taking of implementing measures (particularly through technical co-operation and advisory services) » (p. 4).

<sup>265</sup> Voy. *supra*, n°99.

<sup>266</sup> Conférence mondiale tripartite sur l'emploi, la répartition du revenu, le progrès social et la division internationale du travail, *Déclaration de principes et programme d'action adoptés par la Conférence mondiale tripartite sur l'emploi, la répartition du revenu, le progrès social et la division internationale du travail*, WEC/CW/F.1, Genève, 4-17 juin 1976.

<sup>267</sup> R. L. Siegel, *Employment and Human Rights...*, *op. cit.*, p. 87.

individuel et pour le bien-être collectif : « dans la trilogie de la croissance, de l'emploi et de la satisfaction des besoins essentiels... l'emploi représente un lien essentiel; ... [il] aboutit à une production; il procure un revenu à la personne employée et donne à chacun le sentiment du respect de soi, de sa dignité et d'être un membre utile de la société»<sup>268</sup>.

On relèvera également les propos du Directeur-Général de l'OIT, Francis Blanchard, dans son rapport général de 1988. Il indique que ce n'est pas un hasard que le droit au travail soit le premier droit reconnu dans le PIDESC : « A cause des implications qu'il a pour la création de richesses et la réalisation du potentiel individuel, le travail est au centre de l'action menée pour mettre effectivement en œuvre toute la gamme des droits économiques, sociaux et culturels »<sup>269</sup>.

**148.** Si les organes de supervision des instruments internationaux dédiés aux droits humains se concentrent logiquement sur la centralité du travail pour l'individu, ils reconnaissent que le travail est également essentiel pour la société. Dans son Observation générale sur le droit au travail, le CDESC se réfère ainsi au Préambule de la Convention n°168 de l'OIT relative à la promotion de l'emploi et à la protection contre le chômage dans lequel est affirmé «l'importance du travail et de l'emploi productif dans toute société, *en raison non seulement des ressources qu'ils créent pour la communauté* mais des revenus qu'ils apportent aux travailleurs, du rôle social qu'ils leur confèrent et du sentiment de satisfaction personnelle qu'ils leur procurent». En ce qui concerne la CSE, on ne trouve aucun écrit du CEDS sur les fonctions assignées au travail. Dans un article sur le droit au travail de 2011, le secrétaire exécutif du CEDS, Henrik Christensen, a indiqué que le chômage était un désastre pour les individus mais également un gaspillage de ressources pour la société, reconnaissant à son tour le travail comme un bien essentiel à la fois pour l'individu et pour la société dans son ensemble.

### **§1. Le droit au travail dans sa dimension de créance**

**149.** Après l'adoption des Pactes internationaux, les organes de supervision de la CSE et du PIDESC ainsi que les organes de l'OIT ont précisé, avec plus ou moins de rapidité, que le droit au travail ne contenait aucune obligation pour les Etats de garantir immédiatement un emploi à chaque individu. Le droit au travail dans sa dimension de créance a été interprété comme un droit programmatique qui engage les Etats à poursuivre progressivement la pleine réalisation du droit au travail, en utilisant au maximum les ressources disponibles (obligations de mise en œuvre - obligations positives de moyens – conception réformiste)<sup>270</sup>.

---

<sup>268</sup> Résolution concernant la suite à donner à la Conférence mondiale de l'emploi, Compte-rendu provisoire, C.I.T., 65<sup>ème</sup> session, Genève, 1979.

<sup>269</sup> Rapport du Directeur-Général, *Human Rights – A Common Responsibility*, op. cit., p. 32

<sup>270</sup> N. ELKIN and M. SU THOMAS, « Le droit au travail », in J.-M. Thouvenin and A. Trebilcock (dir.), *Le droit international social. Droits économiques, sociaux et culturels*, Tome 2, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 916 ; J. ELSTER, « Is There (or Should There Be) a Right to Work? », op. cit., p. 56 ; P. HARVEY, « Human Rights and Economic Policy Discourse: Taking Economic and Social Rights Seriously », *Columbia Human Rights Law*

**150.** Le Comité européen des droits sociaux (CEDS) a adopté une observation interprétative en ce sens dès le premier cycle de contrôle de l'application de l'article 1, §1 de la CSE, en 1969 : « (il) a interprété l'article 1, §1 comme comportant une obligation de moyens plutôt qu'une obligation de résultat. Il a reconnu que pour déterminer si un Etat satisfait effectivement à cette disposition, il y a lieu de se placer dans une perspective à cette obligation, situation existant à un moment donné, en tenant compte de la continuité de l'effort poursuivi »<sup>271</sup>.

**151.** Bien que l'OIT n'incluait aucune référence au droit au travail dans ses textes avant 1984, il a d'emblée été considéré que la Convention n°122 sur la politique de l'emploi (1964) donnait un contenu aux moyens généraux de réalisation du droit au travail fixés dans l'article 6, §2 du PIDESC<sup>272</sup>. Pendant les dix années qui ont suivi l'adoption de la Convention n°122, les Etats ont mené des politiques véritablement axées sur le plein emploi. Dans ce contexte, il a été décidé, au terme de la Conférence de l'emploi de 1978, de débattre de l'adoption d'un instrument au niveau de l'OIT qui reconnaîtrait expressément le droit au travail<sup>273</sup>. Il s'agissait d'une fenêtre d'opportunité unique pour préciser la portée du droit au travail dans sa dimension de créance.

Au cours d'une discussion agitée, les arguments usuels opposant conceptions socialiste et libérale du droit au travail furent à nouveau échangés. A titre illustratif, pour la Bulgarie, « la promotion de politiques de plein emploi au sens des instruments de 1964 n'est pas entièrement conforme à l'article 6 du Pacte » et « en conséquence, une convention nouvelle devrait inclure un dispositif sur l'exercice et la garantie du droit au travail »<sup>274</sup>. Ce point de vue fut appuyé par des Etats tels que l'URSS, la Tchécoslovaquie, la Hongrie, l'Ukraine ou encore Cuba. Les Etats à économie de marché se sont opposés à l'inclusion d'une garantie individuelle d'emploi dans le droit au travail. Le Royaume-Uni a ainsi affirmé que « Whilst it is one of the basic tasks of the government to promote employment policy and without denying that freely chosen employment is a basic right, it may prove impossible, in a free

---

*Review*, Vol. 33, No. 2, 2001-2002, p. 381; L. SAMUEL, *Droits sociaux fondamentaux. Jurisprudence de la Charte sociale européenne*, 2ème édition, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2002, p. 14 ; J. SARKIN and M. KOENIG, « Developing the Right to Work... », *op. cit.*, 2011, pp. 13-14 and 16; R. L. SIEGEL, « The Right to Work: Core Minimum Obligations », in A. CHAPMAN and S. RUSSELL (dir.), *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Anvers, Intersentia, 2002, pp. 33-36 and 47.

<sup>271</sup> C.E.D.S., Conclusions I relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961, Observation interprétative relative à l'article 1, §1 de la CSE, 31 mai 1969.

<sup>272</sup> La Commission d'experts pour l'application des conventions et des recommandations (CEACR) a ainsi dit que « the steps to be taken to achieve the full realisation of this right as set out in Article 6 (2) if the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights are essentially measures of employment policy of the type required under the Convention » (O.I.T., C.E.A.C.R., *Report on progress in achieving observance of the provisions of Articles 6 to 9 of the International Covenant on ESC*, Rapport soumis au Conseil économique et social des Nations unies, Première session ordinaire, 1978, E/1978/27, §18). Voy. également : O.I.T., Rapport du Directeur-général, *Human Rights – A common responsibility*, *op. cit.*, p. 31. Sur la Convention n°122, voy. : J. Mayer, « La convention sur la politique de l'emploi : portée, bilan et perspectives », *Revue internationale du travail*, Vol. 130, 1991, n°3, pp. 373-393.

<sup>273</sup> Sur les positionnements politiques lors des débats relatifs à l'adoption d'un instrument consacrant le droit au travail au niveau de l'OIT, voy. : R. L. SIEGEL, *Employment and Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 90-98 ; F.J.H.C. Smit, *Passende arbeid als recht van de mens...*, *op. cit.*, pp. 89-90.

<sup>274</sup> B.I.T., *Politique de l'emploi*, C.I.T., 69<sup>ème</sup> session, 1983, Rapport VI (2), p. 24.

society, to guarantee employment to everyone unconditionally »<sup>275</sup>. Dans le même sens, le représentant de la Belgique a déclaré que « la reconnaissance du droit au travail – qui n'est inscrit ni dans la Constitution belge ni dans le droit du travail belge – n'implique pas pour l'Etat l'obligation de fournir un travail à toute personne désireuse de travailler, mais bien celle de tout mettre en œuvre pour atteindre cet objectif et, sinon, d'assurer la protection contre le chômage involontaire »<sup>276</sup>. Le Département du Commerce des USA prépara la position de principe des USA sur le droit au travail pour la Conférence de 1983. Il y combinait argument du registre des droits humains et arguments économiques pour s'opposer à la proposition socialiste de garantie gouvernementale d'emploi : la proposition serait dangereuse d'une part parce qu'elle aboutirait à la dénégation « of such basic human rights as freedom to choose their jobs or career paths, to participate in the determination of their wages, or to emigrate » et, d'autre part, parce que « the only way it can be implemented is by restricting imports and/or artificially depressing wages, thereby exporting unemployment to other nations »<sup>277</sup>.

Dans l'entretemps, le contexte avait fortement évolué : suite aux chocs pétroliers et à la stagflation des années septante, les politiques keynésiennes étaient dévalorisées sur la scène internationale, par leur impact négatif sur l'inflation. Leur étaient préférées des politiques économiques déflationnistes<sup>278</sup>. Par ailleurs, la Commission d'Experts pour l'application des Conventions et des Recommandations de l'OIT (CEACR) avait indiqué que nul autre instrument n'avait un caractère promotionnel plus apparent que la Convention n°122, c'est-à-dire que « plutôt que de formuler des normes précises qu'un Etat s'oblige à atteindre par la ratification, (elle) fixe des objectifs devant être poursuivis au moyen d'un programme d'action continu »<sup>279</sup>. Dans ce contexte, l'OIT a finalement adopté en 1984 une recommandation plutôt qu'une convention : la Recommandation n°169 concernant la politique de l'emploi (dispositions complémentaires). Le droit au travail dans sa dimension de créance n'en sortit pas renforcé, l'OIT se bornant à confirmer, dans l'article 1 de la Recommandation, que :

« 1. La promotion du plein emploi productif et librement choisi prévue par la convention et la recommandation sur la politique de l'emploi, 1964, devrait être considérée comme le moyen d'assurer dans la pratique la mise en œuvre du droit au travail.

2. La pleine reconnaissance par les Membres du droit au travail devrait être liée à la mise en œuvre de politiques économiques et sociales ayant pour but de promouvoir le plein emploi productif et librement choisi ».

Par ailleurs, le caractère programmatique du droit au travail fut explicitement mentionné dans le préambule de la recommandation :

<sup>275</sup> B.I.T., *Politique de l'emploi*, C.I.T., 69<sup>ème</sup> session, 1983, Rapport VI (2), p. 25.

<sup>276</sup> B.I.T., *Politique de l'emploi*, C.I.T., 69<sup>ème</sup> session, 1983, Rapport VI (2), p. 24.

<sup>277</sup> Position Paper for the United Nations Delegation, *Politique de l'emploi*, C.I.T., 69<sup>ème</sup> session, 1983, Agenda Item 6, non publié, pp. 1 et 4, cités dans R. L. Siegel, *Employment and Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 95-96. Voy. également, en ce sens : la position exprimée par Peterson, le représentant des Etats-Unis : B.I.T., *Politique de l'emploi*, Rapport IV(1), C.I.T., 70<sup>ème</sup> session, 1984, p. 46.

<sup>278</sup> R. L. SIEGEL, *Employment and Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 91-92.

<sup>279</sup> O.I.T., C.E.A.C.R., Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et des recommandations, Rapport III (partie 4A), C.I.T., 67<sup>ème</sup> Session, 1981, §36.



« Rappelant que le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1966, prévoit la reconnaissance, entre autres, du droit au travail, qui comprend le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, ainsi que des mesures appropriées pour assurer *progressivement* le plein exercice de ce droit et le sauvegarder ».

**152.** Quant au CDESC, ce n'est que bien plus tard, après la chute du Bloc de l'Est, en 2005, dans son observation générale sur le droit au travail, qu'il a définitivement écarté l'hypothèse suivant laquelle l'article 6 du PIDESC pourrait impliquer une garantie individuelle d'emploi. Dans la partie dédiée au contenu normatif du droit, il a précisé que le droit au travail « ne saurait se comprendre comme un droit absolu et inconditionnel d'obtenir un emploi ». Les Etats ont l'obligation d'« assurer progressivement le plein exercice du droit au travail »<sup>280</sup>.

**153.** Dans son application, le droit au travail comme créance correspond à un objectif collectif de plein emploi, plutôt qu'à un droit individuel à obtenir un emploi. De manière générale, on peut retenir que le droit au travail, dans sa dimension de créance, impose aux Etats de faire du plein emploi une priorité nationale, d'élaborer et de mettre en œuvre une politique de l'emploi, qui sera évaluée régulièrement, en étroite collaboration avec les syndicats. Immédiate. Si le droit au travail est programmatique, les Etats ont toutefois l'obligation « immédiate » d'agir en vue de réaliser progressivement le droit au travail<sup>281</sup>. La jurisprudence internationale condamne donc le laisser-faire propre à la conception libérale classique. Elle sanctionne les Etats qui ne mettent pas en œuvre une politique active en vue de réaliser le plein emploi.

**154.** Afin de préciser les obligations de mise en œuvre du droit au travail, le CEDSC se réfère à la Convention n°122 de l'OIT : la politique de l'emploi menée par les Etats doit avoir pour objectifs de « stimuler la croissance et le développement économiques, d'élever les niveaux de vie, de répondre au besoin de main-d'œuvre et de résoudre le problème du chômage et du sous-emploi »<sup>282</sup>. Quant au CEDS, il précise que, pour mettre en œuvre une politique de plein emploi, les Etats doivent « mener une politique économique qui contribue à créer et à préserver des emplois » et « prendre des mesures adéquates pour aider ceux qui sont au chômage à trouver un travail ou à acquérir les qualifications nécessaires à l'obtention d'un emploi »<sup>283</sup>. La jurisprudence internationale laisse une très large marge d'appréciation aux Etats dans le choix du contenu de la politique de l'emploi opéré par les Etats. Dès lors que les Etats doivent faire des choix de politique économique et sociale pour mettre en œuvre le droit au travail, l'application du droit au travail par la jurisprudence internationale soulève des préoccupations de légitimité démocratique importantes : il est délicat par les organes de supervision de s'immiscer dans ces choix et de constater la violation du droit au travail. Dans

<sup>280</sup> C.D.E.S.C., Observation générale n°18 sur le droit au travail..., *op. cit.*, p. 8, §26.

<sup>281</sup> C.D.E.S.C., Observation générale n°18 sur le droit au travail..., *op. cit.*, p.p. 7-8, §19.

<sup>282</sup> C.D.E.S.C., Observation générale n°18 sur le droit au travail..., *op. cit.*, p. 3, §6 et p. 6, §19.

<sup>283</sup> Secrétariat du Comité européen des droits sociaux, Digest de jurisprudence du Comité européen des droits sociaux, Strasbourg, 1<sup>er</sup> septembre 2008, [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Digest/DigestSept2008\\_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Digest/DigestSept2008_fr.pdf) (site du Comité européen des droits sociaux).

sa dimension de créance, le droit au travail est donc considéré comme un droit faiblement justiciable<sup>284</sup>.

**155.** Que ce soit dans la Recommandation n°169 de l'OIT sur la politique de l'emploi (1984) ou dans l'Observation générale n°18 sur le droit au travail (2005), il est précisé que la poursuite d'une pleine réalisation du droit positif au travail ne peut se faire au détriment du droit au travail librement choisi. La cohésion sociale ne peut pas prendre le pas sur l'épanouissement individuel. Le droit positif au travail et le droit au travail librement choisi constitue les deux faces d'un même droit. Dans la lignée de la Convention n°122 qui précisait que les Etats doivent formuler et appliquer une « politique active visant à promouvoir le plein emploi, productif et librement choisi »<sup>285</sup>, la Recommandation n°169 dispose que « la pleine reconnaissance par les Membres du droit au travail devrait être liée à la mise en œuvre de politiques économiques et sociales ayant pour but de promouvoir le plein emploi productif et librement choisi »<sup>286</sup>. Dans son Observation générale n°18 sur le droit au travail, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CDESC) se réfère à la Convention n°122 et ne manque pas de relever qu'elle « lie l'obligation de créer les conditions du plein emploi à celle de veiller à l'absence de travail forcé, à charge des Etats parties »<sup>287</sup>.

Dans l'étude d'ensemble de 2010 sur les instruments relatifs à l'emploi, la CEACR rappelle que la Convention n°122 dispose que la politique nationale de l'emploi devra tendre à garantir

«(a) qu'il y aura du travail pour toutes les personnes disponibles et en quête de travail;

(b) que ce travail sera aussi productif que possible;

(c) qu'il y aura libre choix de l'emploi et que chaque travailleur aura toutes possibilités d'acquérir les qualifications nécessaires pour occuper un emploi qui lui convienne et d'utiliser, dans cet emploi, ses qualifications ainsi que ses dons, quels que soient sa race, sa couleur, son sexe, sa religion, son opinion politique, son ascendance nationale ou son origine sociale »<sup>288</sup>.

---

<sup>284</sup> Sur la notion de justiciabilité, voy. n°20 et 295-296. Sur la justiciabilité du droit au travail en particulier, voy.: J. ELSTER, « Is There (or Should There Be) a Right to Work? », *op. cit.*, p. 56 ; R. L. SIEGEL, « The Right to Work: Core Minimum Obligations », *op. cit.*, p. 47.

<sup>285</sup> A propos de la Convention n°122 de l'OIT, voy. également le rapport 'Halte au travail forcé' de l'OIT qui fait le lien entre droit au travail et liberté du travail : « (c)ette politique active, qui repose sur la liberté du travail, peut contribuer à l'élimination des systèmes de travail coercitifs » (OIT, *Halte au travail forcé*, Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail de 2001, p. 131).

<sup>286</sup> Recommandation n°169 sur la politique de l'emploi (dispositions complémentaires) (1984), I.2.

<sup>287</sup> C.D.E.S.C., Observation générale n°18 sur le droit au travail..., *op. cit.*, §4.

<sup>288</sup> La CEACR interprète cette dernière prescription comme comportant deux éléments: « d'une part, nul ne saurait être contraint d'exercer une activité qu'il n'a pas choisie ou acceptée librement, d'autre part, chacun doit avoir la possibilité d'acquérir des qualifications et d'utiliser ses propres dons et compétences sans subir la moindre discrimination » (O.I.T., C.E.A.C.R., Etude d'ensemble sur les instruments relatifs à l'emploi à la lumière de la Déclaration de 2008 sur la justice sociale pour une mondialisation équitable, Rapport III (Partie 1B), C.I.T., 99<sup>ème</sup> session, Genève, 2010, p. 12, §48).

**156.** Ces critères font largement écho à la définition du plein emploi de Beveridge<sup>289</sup>. Le plein emploi est réputé atteint lorsqu'il y a plus d'emplois disponibles que de personnes au chômage, ces emplois devant offrir des conditions de travail telles qu'ils doivent être acceptés par les personnes sans emploi. Dans cette configuration, les périodes individuelles de chômage sont courtes et correspondent au temps nécessaire pour trouver une offre d'emploi concordant à ses qualifications. Quand la jurisprudence internationale engage les Etats à mener une politique de l'emploi visant à réaliser le plein emploi, cela signifie que celle-ci doit tendre à réduire le chômage à sa composante frictionnelle, c'est-à-dire à un chômage court correspondant au délai nécessaire d'appariement entre la demande et l'offre de travail. Le CEDS a ainsi précisé qu'un Etat qui viendrait à abandonner à un moment donné l'objectif du plein emploi en faveur d'un système économique prévoyant une réserve permanente de chômeurs, commettrait une violation de la Charte sociale<sup>290</sup>.

**157.** La jurisprudence internationale considère que ce taux de chômage frictionnel de deux à trois pour cent demeurera inévitablement car « même les marchés du travail qui fonctionnent bien ne peuvent pas rapprocher instantanément la demande et l'offre d'emplois »<sup>291</sup>. Dès lors qu'elle considère que le droit au travail est programmatique et qu'il ne pourra par ailleurs jamais être entièrement sécurisé, la jurisprudence internationale inclut, parmi les obligations positives découlant du droit au travail, l'obligation pour les Etats de mettre en place un système d'indemnisation du chômage involontaire (cf. *infra*, §3, n°163-167). Parmi les obligations positives découlant du droit au travail en faveur des chômeurs, figure également l'obligation positive pour les Etats d'établir des services gratuits de l'emploi et l'obligation d'adopter et appliquer des plans de formation professionnelle pour aider ces derniers à accéder à l'emploi. Pour rappel, ces mesures sont incluses dans les mesures de mise en œuvre du droit au travail énumérées à l'article 6, §2 du PIDESC ainsi qu'aux paragraphes 3 (services de placement) et 4 (orientation et formation professionnelles) de l'article 1. Les droits à l'orientation et à la formation professionnelles sont par ailleurs consacrés dans des dispositions spécifiques, aux articles 9 et 10 de la Charte. La jurisprudence a précisé qu'il s'agissait d'obligations de moyens. Pour ce qui est de leur concrétisation, le CDESC se réfère aux instruments de l'OIT<sup>292</sup>. Le CEDS a recours à des indicateurs comme le taux de placement ou le taux d'activation<sup>293</sup>.

---

<sup>289</sup> A ce propos, voy. *supra*, note de bas de page 127. Voy. également l'étude d'ensemble de 2010 de la CEACR où le parallèle est encore plus frappant (O.I.T., C.E.A.C.R., Etude d'ensemble sur les instruments relatifs à l'emploi..., *op. cit.*, p. 9, §§36-37).

<sup>290</sup> C.E.D.S., Conclusions I relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961, Observation interprétative relative à l'article 1, §1 de la CSE, 31 mai 1969. Dans un article consacré au droit au travail, Diamond Ashiagbor considère également que le CEDS s'inscrit dans une conception beveridgienne du plein emploi (un nombre d'emplois vacants plus important que le nombre de chômeurs) (D. ASHIAGBOR, « The Right to Work », in in G. De Burca et B. De Witte, *Social Rights in Europe*, *op. cit.*, p. 245).

<sup>291</sup> O.I.T., C.E.A.C.R., Etude d'ensemble sur les instruments relatifs à l'emploi à la lumière de la Déclaration de 2008 sur la justice sociale pour une mondialisation équitable, Rapport III (Partie 1B), C.I.T., 99<sup>ème</sup> session, Genève, 2010, p. 9, §37.

<sup>292</sup> C.D.E.S.C., Observation générale n°18 sur le droit au travail..., *op. cit.*, §§26 et 27.

<sup>293</sup> Jurisprudence du CEDS relative aux articles 1,§1, §3, §4 et 9 et 10 de la CSE.

La Convention n°122 sur la politique de l'emploi (1964), la Recommandation n°122 sur la politique de l'emploi (1964) et la Recommandation n°169 sur la politique de l'emploi (dispositions complémentaires, 1984)

La Convention n° 102 concernant la sécurité sociale (norme minimum) (1952), la Convention n° 168 sur la promotion de l'emploi et la protection contre le chômage (1988) et la Recommandation (no 176) sur la promotion de l'emploi et la protection contre le chômage (1988)

La Convention n° 88 sur le service de l'emploi (1948), la Recommandation n°83 sur le service de l'emploi, (1948), la Convention n° 181 sur les agences d'emploi privées (1997) et la Recommandation (n°188) sur les agences d'emploi privées (1997)

La Convention n° 142 sur la mise en valeur des ressources humaines (1975) et la Recommandation (n° 195) sur la mise en valeur des ressources humaines (2004)

**158.** La concrétisation du droit au travail, dans sa dimension de créance, par les organes de supervision des Pactes internationaux et par l'OIT valide la conception réformatrice du droit au travail comme créance. Il s'agit d'un droit programmatique qui contient des obligations de moyens et donc on considère qu'il ne pourra jamais être complètement sécurisé.

## §2. Le droit au travail librement choisi<sup>294</sup>

**159.** La jurisprudence a assimilé le droit au travail librement choisi au droit au travail dans sa dimension de liberté. Le droit au travail librement choisi implique des obligations de respecter et de protéger, c'est-à-dire qui imposent aux Etats de s'abstenir d'entraver eux-mêmes le libre accès au marché du travail et la liberté de choix de l'emploi et d'empêcher les tiers d'entraver ces libertés<sup>295</sup>. La jurisprudence internationale a progressivement mis en évidence différentes composantes du droit au travail librement choisi. Dans l'observation générale n°18 sur le droit au travail, le CDESC a précisé que le droit au travail librement choisi ou accepté suppose de ne pas être forcé de quelque manière que ce soit à exercer une activité ou à prendre un emploi, de bénéficier d'un système de protection garantissant à chaque travailleur l'accès à l'emploi, et de ne pas être injustement privé de son emploi<sup>296</sup>. Dans le cadre de la procédure de rapports, le CEDS a identifié trois problématiques à aborder sous l'angle de l'article 1, §2 de la CSE (protégeant, pour rappel, le droit du travailleur de gagner sa vie par un travail librement entrepris) : l'interdiction de toute forme de discrimination dans l'emploi,

<sup>294</sup> Ce paragraphe reprend des extraits largement remaniés des pages 141 à 149 de l'article suivant : E. DERMINE, « Activation Policies for the Unemployed and the International Human Rights Case Law on the Right to Freely Chosen Work », in E. Dermine and D. Dumont, *Activation Policies for the Unemployed...*, op. cit., pp. 139-177.

<sup>295</sup> J. ELSTER, « Is There (or Should There Be) a Right to Work? », in A. Gutman (dir.), *Democracy and the Welfare State*, Princeton, Princeton University Press, 1988, p. 56 ; R.L. SIEGEL, « The Right to Work: Core Minimum Obligations », op. cit., pp. 44 et 47.

<sup>296</sup> C.D.E.S.C., Observation générale n°18 sur le droit au travail..., op. cit., §4.

l'interdiction du travail forcé ou obligatoire et l'interdiction de toute autre pratique pouvant porter atteinte au droit de gagner sa vie par un travail librement entrepris<sup>297</sup>.

**160.** Le droit au travail librement choisi démontre que la distinction entre droits de première et de seconde génération n'est pas toujours adéquate. Il est consacré dans les pactes internationaux dédiés aux droits dits de seconde génération, soit les droits économiques, sociaux et culturels. Il est une composante du droit au travail, qui est généralement classé parmi les droits de seconde génération. Cependant, le droit au travail librement choisi revêt les traits principaux des droits dits de première génération : il vise à protéger la liberté des individus des interférences de l'Etat et des particuliers. Dans cette optique, il impose des obligations aux Etats de respecter et de protéger la liberté de choisir son emploi. Il est considéré comme hautement justiciable car les obligations négatives qui en découlent sont suffisamment précises pour que la jurisprudence puisse en constater la violation<sup>298</sup>.

**161.** Nous avons vu que l'interdiction du travail forcé est affirmée par la jurisprudence internationale comme une composante du droit au travail librement choisi. Le lien entre le droit au travail librement choisi proclamé dans les Pactes dédiés aux droits économiques, sociaux et culturels et l'interdiction du travail forcé proclamée dans les pactes dédiés aux droits civils et politiques ainsi que dans instruments de l'OIT est explicitement établi par la jurisprudence. Le CDESC et le CEDS se réfèrent tous deux à la définition du travail forcé de l'OIT : il s'agit d'un travail ou d'un service qui est exigé d'une personne sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel ladite personne s'est offerte contre son gré<sup>299</sup>.

#### Encadré 11 - Les instruments internationaux proclamant l'interdiction du travail forcé

##### Au niveau des Nations unies

##### **Convention n°29 de l'OIT sur le travail forcé (1930) (extraits)**

###### *Article 1*

1. Tout Membre de l'Organisation internationale du Travail qui ratifie la présente convention s'engage à supprimer l'emploi du travail forcé ou obligatoire sous toutes ses formes dans le plus bref délai possible.  
(...)

###### *Article 2*

1. Aux fins de la présente convention, le terme travail forcé ou obligatoire désignera tout travail ou service exigé d'un individu sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel ledit individu ne s'est pas offert de plein gré.  
2. Toutefois, le terme travail forcé ou obligatoire ne comprendra pas, aux fins de la présente convention:  
(a) tout travail ou service exigé en vertu des lois sur le service militaire obligatoire et affecté à des travaux d'un caractère purement militaire;

<sup>297</sup> C.E.D.S., Conclusions XVI-1 relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961, Observation interprétative relative à l'application de l'article 1, §2, 30 mai 2003. Voy. également Secrétariat du C.E.D.S., Digest de jurisprudence du Comité européen des droits sociaux, *op. cit.*, p. 18.

<sup>298</sup> C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux*, *op. cit.*, pp. 39-407. Voy. aussi: J. ELSTER, « Is There (or Should There Be) a Right to Work? », *op. cit.*, p. 56; R. L. SIEGEL, « The Right to Work: Core Minimum Obligations », *op. cit.*, p. 47.

<sup>299</sup> C.E.S.C.R., Observation générale n°18 sur le droit au travail..., *op. cit.*, §9; Secrétariat du C.E.D.S., Digest de jurisprudence du Comité européen des droits sociaux, *op. cit.*, p. 22.

- (b) tout travail ou service faisant partie des obligations civiques normales des citoyens d'un pays se gouvernant pleinement lui-même;
- (c) tout travail ou service exigé d'un individu comme conséquence d'une condamnation prononcée par une décision judiciaire, à la condition que ce travail ou service soit exécuté sous la surveillance et le contrôle des autorités publiques et que ledit individu ne soit pas concédé ou mis à la disposition de particuliers, compagnies ou personnes morales privées;
- (d) tout travail ou service exigé dans les cas de force majeure, c'est-à-dire dans les cas de guerre, de sinistres ou menaces de sinistres tels qu'incendies, inondations, famines, tremblements de terre, épidémies et épizooties violentes, invasions d'animaux, d'insectes ou de parasites végétaux nuisibles, et en général toutes circonstances mettant en danger ou risquant de mettre en danger la vie ou les conditions normales d'existence de l'ensemble ou d'une partie de la population;
- (e) les menus travaux de village, c'est-à-dire les travaux exécutés dans l'intérêt direct de la collectivité par les membres de celle-ci, travaux qui, de ce chef, peuvent être considérés comme des obligations civiques normales incombant aux membres de la collectivité, à condition que la population elle-même ou ses représentants directs aient le droit de se prononcer sur le bien-fondé de ces travaux.

#### **Convention n°105 de l'OIT sur l'abolition du travail forcé (1957) (extraits)**

##### *Article 1*

Tout Membre de l'Organisation internationale du Travail qui ratifie la présente convention s'engage à supprimer le travail forcé ou obligatoire et à n'y recourir sous aucune forme:

- (a) en tant que mesure de coercition ou d'éducation politique ou en tant que sanction à l'égard de personnes qui ont ou expriment certaines opinions politiques ou manifestent leur opposition idéologique à l'ordre politique, social ou économique établi;
- (b) en tant que méthode de mobilisation et d'utilisation de la main-d'œuvre à des fins de développement économique;
- (c) en tant que mesure de discipline du travail;
- (d) en tant que punition pour avoir participé à des grèves;
- (e) en tant que mesure de discrimination raciale, sociale, nationale ou religieuse.

#### **Article 8 du PIDCP (1966)**

##### **§3.**

- a) Nul ne sera astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire;
- b) L'alinéa a du présent paragraphe ne saurait être interprété comme interdisant, dans les pays où certains crimes peuvent être punis de détention accompagnée de travaux forcés, l'accomplissement d'une peine de travaux forcés, infligée par un tribunal compétent;
- c) N'est pas considéré comme « travail forcé ou obligatoire » au sens du présent paragraphe:
  - i) Tout travail ou service, non visé à l'alinéa b, normalement requis d'un individu qui est détenu en vertu d'une décision de justice régulière ou qui, ayant fait l'objet d'une telle décision, est libéré conditionnellement;
  - ii) Tout service de caractère militaire et, dans les pays où l'objection de conscience est admise, tout service national exigé des objecteurs de conscience en vertu de la loi;
  - iii) Tout service exigé dans les cas de force majeure ou de sinistres qui menacent la vie ou le bien-être de la communauté;
  - iv) Tout travail ou tout service formant partie des obligations civiques normales.

#### **Au niveau du Conseil de l'Europe**

#### **Article 4 de la CEDH (1950) – Interdiction de l'esclavage et du travail forcé**

- 1. (...)
- 2. Nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire.
- 3. N'est pas considéré comme «travail forcé ou obligatoire» au sens du présent article:
  - a. tout travail requis normalement d'une personne soumise à la détention dans les conditions prévues par l'article 5 de la présente Convention, ou durant sa mise en liberté conditionnelle;

- b. tout service de caractère militaire ou, dans le cas d'objecteurs de conscience dans les pays où l'objection de conscience est reconnue comme légitime, à un autre service à la place du service militaire obligatoire;
- c. tout service requis dans le cas de crises ou de calamités qui menacent la vie ou le bien-être de la communauté;
- d. tout travail ou service formant partie des obligations civiques normales.

Le Directeur de l'OIT considère que la distinction entre le champ d'application de l'interdiction du travail forcé et du droit au travail librement choisi réside dans le degré de contrainte ou de négation de la liberté de choix dans la relation de travail. A propos de la distinction entre travail forcé et travail non librement choisi, il écrit qu'« (...) il existe une continuité entre ce que l'on peut clairement considérer comme du travail forcé et d'autres formes d'abus et d'exploitation de la main-d'œuvre. On peut tout à fait envisager une série de situations possibles avec, à une extrémité, l'esclavage et les pratiques assimilables à l'esclavage et, à l'autre, les situations d'emploi librement choisi. Entre les deux, on trouve toute une variété de relations de travail dans lesquelles l'élément du libre choix du travailleur s'estompe jusqu'au point où l'on peut se demander s'il existe encore »<sup>300</sup>. L'emploi librement choisi, comme le travail forcé, se définissent donc en principe par la nature de la relation de travail entre l'individu et l'« employeur » et non par les conditions de travail. Des conditions de travail indécentes peuvent cependant révéler, au-delà du consentement formellement exprimé, une atteinte au libre choix de l'emploi et, dans les cas les plus graves, une situation de travail forcé<sup>301</sup>.

Pour les organes de contrôle des textes dédiés aux DESC, le droit au travail librement choisi ne se distingue pas uniquement de l'interdiction du travail forcé en ce qu'il protège contre des formes moins graves d'atteinte à la liberté *dans la relation de travail*. Il permet également de protéger la liberté des travailleurs *dans l'accès au marché du travail*. Dans cette seconde approche, le droit au travail librement choisi n'est pas uniquement conçu comme une liberté civile mais également comme une liberté économique. Le CDESC et le CEDS interdisent ainsi toute forme de discrimination dans l'accès à l'emploi au nom du droit au travail librement choisi. Dans la décision *QCEA c. Grèce* de 2000, le CEDS a par ailleurs jugé que le service civil imposé en remplacement du service militaire en Grèce, bien que ne pouvant pas être considéré comme du travail forcé, constituait une entrave disproportionnée au droit au travail librement entrepris dès lors qu'il privait l'individu d'un accès au marché du travail pendant une durée excessive.

Cette décision est particulièrement éclairante sur la distinction opérée par le CEDS entre l'interdiction du travail forcé et le droit au travail librement entrepris. A l'appui de sa réclamation, le syndicat grec avançait que l'obligation d'accomplir un service civil en remplacement du service militaire constituait du travail forcé prohibé par l'article 1, §2 de la Charte. Le CEDS a articulé son raisonnement en deux temps. Il a tout d'abord constaté que

<sup>300</sup> O.I.T., Rapport du Directeur général du BIT, *Le coût de la coercition*, Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, Rapport I(B), C.I.T., 98<sup>ème</sup> sess., Genève, 2009, p. 9, § 43.

<sup>301</sup> O.I.T., Rapport du Directeur général du BIT, *Une alliance mondiale contre le travail forcé*, Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, Rapport I(B), C.I.T., 93<sup>ème</sup> sess., Genève, 2005, p. 9, §31 et p. 70, §295.

l'obligation d'accomplir un service civil était exclue de la notion de travail forcé au paragraphe 3 de l'article 4 de la CEDH. Dans une volonté d'interprétation conforme, il a estimé qu'une telle obligation, ne pouvait pas non plus, en tant que telle, être considérée comme une forme de travail forcé au sens de l'article 1, §2 de la CSE<sup>302</sup>. Dans un second temps, il a en revanche estimé que le service civil de remplacement pouvait constituer une restriction à la liberté de gagner sa vie par un travail librement entrepris contraire à l'article 1, §2 de la CSE<sup>303</sup>. Dans le cas d'espèce, la durée du service civil était supérieure de 18 mois à la durée du service militaire correspondant. Un objecteur de conscience pouvait effectuer un service civil de remplacement pendant une durée qui pouvait aller jusqu'à 39 mois. Le Comité a considéré que ces 18 mois supplémentaires, pendant lesquels les objecteurs de conscience sont privés du droit de gagner leur vie par un travail librement entrepris, ne se situaient pas, par rapport à la durée du service militaire, dans des limites raisonnables. Il a par conséquent estimé que cette durée excessive constituait une restriction disproportionnée au droit pour le travailleur de gagner sa vie par un travail librement entrepris prohibée par l'article 1, §2 de la Charte.

Il faut bien comprendre la portée de cette décision. Le Comité ne considère pas que le service civil, à défaut de pouvoir être qualifié de travail forcé, peut constituer un travail non librement entrepris. Il a d'ailleurs précisé que les objecteurs de conscience qui effectuent un service civil de remplacement ne sont pas des « travailleurs » qui gagnent leur vie par un travail librement entrepris au sens de l'article 1, §2. Le Comité n'effectue donc pas ici une distinction entre travail forcé et travail non librement choisi en fonction de la gravité de la coercition exercée sur l'individu. Il constate que l'objecteur de conscience est privé d'accès au marché du travail pendant la durée de son service civil. Il considère dès lors qu'une durée excessive du service civil constitue une restriction disproportionnée au droit pour le travailleur de gagner sa vie par un travail librement entrepris. A travers le droit au travail librement entrepris, la CSE ne vise donc pas seulement à protéger la liberté de l'individu dans la relation de travail mais également sa liberté d'accéder au marché du travail, qui est le préalable indispensable à l'exercice du libre choix de l'emploi. Dans la lignée de la conception réformatrice, le droit au travail librement choisi est ainsi considéré comme une liberté civile et une liberté économique.

---

<sup>302</sup> C.E.D.S., Décision n°8/2000 sur le bien-fondé de la réclamation n°8/1999, Conseil Quaker pour les affaires européennes (QCEA) v. Grèce, 25 avril 2001, §22.

<sup>303</sup> C.E.D.S., Décision n°8/2000 sur le bien-fondé de la réclamation n°8/1999, Conseil Quaker pour les affaires européennes (QCEA) v. Grèce, 25 avril 2001, §23.



### Encadré 12 - Les composantes du droit au travail librement choisi

Interdiction du travail forcé	Interdiction de toute autre pratique pouvant porter atteinte au droit au travail librement entrepris	Interdiction de toute forme de discrimination dans l'accès à l'emploi	Interdiction de toute autre pratique qui pourrait porter atteinte au libre accès au marché du travail
Liberté dans la relation de travail <i>Liberté civile</i>		Liberté dans l'accès à l'emploi <i>Liberté économique</i>	

**162.** Dans le cadre du contrôle de l'application des conventions sur le travail forcé, la CEACR a considéré que l'imposition d'un devoir général de travailler, sous peine de sanctions pénales, était contraire à l'interdiction du travail forcé, la liberté de choisir entre tel et tel type de travail n'étant pas suffisante pour assurer le respect de la convention<sup>304</sup>. Ce faisant, la CEACR a condamné la conception socialiste du droit au travail, suivant laquelle l'obligation légale générale de travailler est compatible avec le libre choix de l'emploi.

La CEACR a par contre jugé qu'une obligation morale de travailler n'était pas contraire à l'interdiction du travail forcé si elle n'était pas accompagnée de sanctions. Sont donc jugés conformes à l'interdiction du travail forcé les textes constitutionnels dans lesquels le devoir de travailler prend la forme d'une déclaration de principe à caractère général et s'apparente à une obligation morale<sup>305</sup>.

On relèvera par ailleurs que l'URSS avait déposé une plainte contre les USA estimant que ses travailleurs des Etats-Unis se trouvaient *de facto* dans une situation d'exploitation par détenteurs du capital. Le Comité Ad Hoc de l'OIT sur le travail forcé a estimé que la pression financière à laquelle étaient soumis les travailleurs, c'est-à-dire la menace de perdre leur rémunération, n'était pas suffisante pour conclure à l'existence de travail forcé au sens de la convention n°29<sup>306</sup>. L'argument socialiste selon lequel la conception libérale du droit au travail conduit *de facto* à du travail forcé est donc écarté par les organes de supervision des textes internationaux.

Suivant les organes de l'OIT, l'interdiction du travail forcé prohibe la contrainte juridique au travail (voie socialiste de concrétisation du devoir moral de travailler) alors qu'elle ne s'oppose pas à la contrainte économique au travail (voie libérale de concrétisation du devoir moral de travailler).

Nous verrons toutefois dans le paragraphe suivant que la contrainte économique au travail est limitée par le droit à l'indemnisation du chômage involontaire (conception réformiste du

<sup>304</sup> O.I.T., C.E.A.C.R., *Eradiquer le travail forcé*, Etude d'ensemble, Rapport III (Partie 1B), C.I.T., 96<sup>ème</sup> session, Genève, 2007, p. 48, §47 ; *Le travail forcé*, Etude d'ensemble, 1968, §. 55 ; *Abolition du travail forcé*, Etude d'ensemble, 1979, §. 45. Voy. également : O.I.T., Rapport du Directeur-Général, *Human Rights - A Common Responsibility*, *op. cit.*, p. 33

<sup>305</sup> O.I.T., C.E.A.C.R., *Eradiquer le travail forcé*, *op. cit.*, p. 48, §46.

<sup>306</sup> Rapport du Comité *ad hoc* sur le travail forcé, E/2431, Supplément n°13, Official Records, 16<sup>ème</sup> session d'ECOSOC, Genève, 1953, p. 115.

devoir de travailler) lequel a connu des développements importants dans la jurisprudence internationale et pour lequel des exigences concrètes minimum sont identifiées.

### *§3. Le droit à l'indemnisation du chômage involontaire*

**163.** Les Pactes internationaux dédiés aux droits économiques, sociaux et culturels reconnaissent également le droit à la sécurité sociale, qui engage les Etats à mettre en place des dispositifs de sécurité sociale permettant de protéger les individus face à la survenance de risques ou d'aléas sociaux. Parmi les risques qui doivent faire l'objet d'une prise en charge, figure le chômage involontaire. Face à un droit au travail qui n'est pas garanti, le droit à l'indemnisation de la privation involontaire d'emploi est considéré par l'OIT et par les organes de supervision des textes internationaux relatifs aux droits humains comme un droit supplétif au droit au travail<sup>307</sup>.

Dans l'Observation générale sur le droit au travail, le CDESC inclut ainsi, dans les obligations de mise en œuvre qui découlent du droit au travail, l'obligation de mettre en place un mécanisme d'indemnisation de la perte d'emploi<sup>308</sup>.

Le caractère supplétif du droit aux prestations de chômage est très clairement exprimé dans le préambule de la Convention n°168 de l'OIT sur la promotion de l'emploi et la protection contre le chômage (1988) :

« Reconnaissant que les politiques suscitant une croissance économique soutenue et non inflationniste, une réaction souple aux changements ainsi que la création et la promotion de toutes formes d'emploi productif et librement choisi, y compris les petites entreprises, les coopératives, le travail indépendant et les initiatives locales en faveur de l'emploi, même par la redistribution des ressources actuellement consacrées au financement d'activités d'assistance pure, au profit d'activités aptes à promouvoir l'emploi, notamment l'orientation, la formation et la rééducation professionnelles, offrent la meilleure protection contre les effets néfastes du chômage involontaire, que *néanmoins* le chômage involontaire existe et qu'il importe en conséquence de faire en sorte que les systèmes de sécurité sociale apportent une aide à l'emploi et un soutien économique aux personnes qui sont au chômage pour des raisons involontaires ».

Dans son observation générale sur le droit à la sécurité sociale de 2008, le CDESC a également précisé que l'obligation des Etats de fournir des prestations couvrant la perte ou l'absence de revenus découlant de l'incapacité d'obtenir ou de garder un emploi convenable

---

<sup>307</sup> Voy. également, en ce sens : F.J.H.C. SMIT, *Passende arbeid als recht van de mens...*, *op. cit.*, p. 98 ; J. VAN LANGENDONCK, *Passende arbeid. Een verkenning in de wetgeving van een aantal Europese landen*, Deventer, Kluwer, 1980, p. 15.

<sup>308</sup> C.D.E.S.C., Observation générale n°18 sur le droit au travail..., *op. cit.*, p. 8, §26.

s'ajoutait à leur obligation de promouvoir en amont le plein emploi et un emploi productif et librement choisi<sup>309</sup>.

**164.** Tout comme le droit au travail, le droit aux prestations de chômage est un droit programmatique<sup>310</sup>. Il impose aux Etats de mettre en place un système d'indemnisation du chômage (obligations positives de moyens).

Ce droit est toutefois consacré de manière plus directe dans les pactes internationaux que le droit au travail. Cela s'explique par le fait que ce droit était déjà largement institutionnalisé dans certains Etats et qu'alors même que ce droit n'était absolument pas réalisé dans de nombreux Etats, il existait pourtant un consensus large autour des modalités de réalisation du droit<sup>311</sup>. Dans l'article 9 du PIDESC, c'est ainsi un droit « de toute personne à la sécurité sociale » - un droit individuel - qui est reconnu. L'article 12 de la CSE est quant à lui très détaillé. Il renvoie aux normes minimales internationales d'harmonisation en matière de sécurité sociale, plus précisément à la Convention n°102 de l'OIT concernant la sécurité sociale dans la version de 1961 et au Code européen de sécurité sociale adopté au niveau du Conseil de l'Europe en 1964 dans la version révisée de 1996. Le Code européen de sécurité sociale est un instrument d'harmonisation minimum, prévoyant des normes minimales en matière de sécurité sociale et encourageant les Etats membres à dépasser ces normes. Il vise à renforcer la Convention n°102 tout en augmentant son seuil d'exigence<sup>312</sup>.

#### Encadré 13 – Les dispositions internationales proclamant le droit à la sécurité sociale

**Article 9 du PIDESC :** «Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à la sécurité sociale, y compris les assurances sociales ».

##### **Article 12 de la CSE (1961) – Droit à la sécurité sociale**

En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la sécurité sociale, les Parties contractantes s'engagent:

1. à établir ou à maintenir un régime de sécurité sociale;
2. à maintenir le régime de sécurité sociale à un niveau satisfaisant, au moins égal à celui nécessaire pour la ratification de la Convention internationale du travail (n° 102) concernant la norme minimum de la sécurité sociale;
3. à s'efforcer de porter progressivement le régime de sécurité sociale à un niveau plus haut;
4. à prendre des mesures, par la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux appropriés ou par d'autres moyens, et sous réserve des conditions arrêtées dans ces accords, pour assurer:
  - a. l'égalité de traitement entre les nationaux de chacune des Parties contractantes et les ressortissants des autres Parties en ce qui concerne les droits à la sécurité sociale, y compris la conservation des avantages accordés par les législations de sécurité sociale, quels que puissent être les déplacements que les personnes protégées pourraient effectuer entre les territoires des Parties contractantes;

<sup>309</sup> C.D.E.S.C., Observation générale n°19 relative au droit à la sécurité sociale, Article 9 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 39<sup>ème</sup> session, Genève, adoptées le 23 novembre 2007, E/C.12/GC/19, §16.

<sup>310</sup> C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux...*, op. cit., pp. 500-508

<sup>311</sup> R. L. SIEGEL, *Employment and Human Rights...*, op. cit., p. 27 et p. 143.

<sup>312</sup> A ce sujet, voy. E. DERMINE, « Suitable Employment and Job of Quality », in P. Vielle and S. Borelli (dir.), *Quality of Employment in Europe. Legal and Normative Perspective*, Brussels, PIE-Peter Lang, 2012, pp. 157-180.

b. l'octroi, le maintien et le rétablissement des droits à la sécurité sociale par des moyens tels que la totalisation des périodes d'assurance ou d'emploi accomplies conformément à la législation de chacune des Parties contractantes.

**Article 12 de la CSE révisée (1996) – Droit à la sécurité sociale**

En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la sécurité sociale, les Parties s'engagent:

1. à établir ou à maintenir un régime de sécurité sociale;
2. à maintenir le régime de sécurité sociale à un niveau satisfaisant, au moins égal à celui nécessaire pour la ratification du Code européen de sécurité sociale;
3. à s'efforcer de porter progressivement le régime de sécurité sociale à un niveau plus haut;
4. à prendre des mesures, par la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux appropriés ou par d'autres moyens, et sous réserve des conditions arrêtées dans ces accords, pour assurer:
  - a. l'égalité de traitement entre les nationaux de chacune des Parties et les ressortissants des autres Parties en ce qui concerne les droits à la sécurité sociale, y compris la conservation des avantages accordés par les législations de sécurité sociale, quels que puissent être les déplacements que les personnes protégées pourraient effectuer entre les territoires des Parties;
  - b. l'octroi, le maintien et le rétablissement des droits à la sécurité sociale par des moyens tels que la totalisation des périodes d'assurance ou d'emploi accomplies conformément à la législation de chacune des Parties.

Lorsque les organes de supervision doivent contrôler l'application des dispositions relatives au droit à la sécurité sociale, ils peuvent s'appuyer sur les normes minimales d'harmonisation en matière de sécurité sociale (cf. tableau ci-dessous) pour déterminer les exigences concrètes qui découlent dudit droit. Ces normes sont bien plus précises que les normes de l'OIT assurant la concrétisation du droit au travail, dans sa dimension de créance. Elles correspondent encore une fois à l'acceptation et à l'institutionnalisation plus large du droit à la sécurité sociale, à tout le moins dans les Etats occidentaux. En se fondant sur les exigences précises déterminées par les Etats eux-mêmes, la jurisprudence internationale peut contrôler le respect du droit à la sécurité sociale, sans risquer de porter atteinte au principe de souveraineté des Etats. Pour que les prestations de chômage soient jugées adéquates, leur montant doit être supérieur au seuil de pauvreté<sup>313</sup>, leur durée d'octroi ne peut pas être trop brève<sup>314</sup> et les chômeurs doivent pouvoir refuser les emplois qui ne sont pas convenables, sans risquer de se voir privés temporairement ou définitivement de leurs prestations de chômage<sup>315</sup>.

Dans ces circonstances, le droit à la sécurité sociale qui est le droit supplétif au droit au travail se révèle concrètement plus effectif et plus justiciable que ce dernier. Jacques Freyssinet écrit

<sup>313</sup> Voy. not. : C.E.D.S., Conclusions 2006 relatives à l'application de l'article 12, §1 de la Charte sociale révisée de 1996 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2003 au 31 décembre 2004), Bulgarie, 30 juin 2006 ; C.E.D.S., Conclusions 2006 relatives à l'application de l'article 12, §1 de la Charte sociale européenne révisée de 1996, Estonie (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2003 au 31 décembre 2004), 30 juin 2006 ; Conclusions XVIII-1 relatives à l'application de l'article 12, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2003 au 31 décembre 2004), Autriche, 31 octobre 2006 ; C.D.E.S.C., Observation générale n°19 relative au droit à la sécurité sociale, *op. cit.*, §16 et 22.

<sup>314</sup> Voy. not. : C.E.D.S., Conclusions XVIII-1 relatives à l'application de l'article 12, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2003 au 31 décembre 2004), Malte, 31 octobre 2006 ; Observation générale n°19 sur le droit à la sécurité sociale..., *op. cit.*, §16 et 22.

<sup>315</sup> Voy. not. : C.E.D.S., Conclusions XVIII-1 relatives à l'application de l'article 12, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2003 au 31 décembre 2004), Allemagne, 31 octobre 2006 ; Observation générale n°19 sur le droit à la sécurité sociale..., *op. cit.*, §16 et 22. Sur la jurisprudence internationale relative à la notion d'emploi convenable, voy. E. DERMINE, « Suitable Employment... », *op. cit.*

ainsi qu' « en pratique, il (le droit au travail) intervient surtout pour justifier une prise en charge financière des « travailleurs privés d'emploi »<sup>316</sup>.

#### Encadré 14 – Les normes internationales minimales d'harmonisation relative à l'indemnisation du chômage

##### Au niveau de l'ONU

Convention n° 102 concernant la sécurité sociale (norme minimum) (1952)

Convention n° 168 sur la promotion de l'emploi et la protection contre le chômage (1988)

Recommandation n°176 sur la promotion de l'emploi et la protection contre le chômage (1988)

##### Au niveau du Conseil de l'Europe

Code européen de sécurité sociale et son Protocole additionnel (1964)

Code européen de sécurité sociale révisé (1990) (pas encore entré en vigueur)

**165.** Le droit à la sécurité sociale supplée le droit au travail dans sa dimension de créance mais il soutient également le droit au travail librement choisi. En effet, le droit aux prestations de chômage pose des limites juridiques à la contrainte économique de travailler dans laquelle se trouvent *de facto* les travailleurs. Il leur permet de vivre décemment en marge du marché du travail lorsqu'ils ne trouvent pas d'emploi convenable.

Lors des travaux préparatoires de la Convention n°168 sur le chômage, le droit des bénéficiaires de prestations de chômage de refuser un emploi qui n'est pas convenable a ainsi été présenté comme « une garantie concrète de liberté du travail »<sup>317</sup>. Dans une étude d'ensemble de 2011 concernant les instruments relatifs à la sécurité sociale, la Commission d'experts pour l'application des conventions et des recommandations de l'OIT a par ailleurs souligné que le principe fondamental d'emploi librement choisi soutient le modèle de sécurité sociale consacré dans les normes internationales du travail<sup>318</sup>. Le droit à la sécurité sociale et les normes minimales internationales en matière de prestations de chômage (montant des prestations, durée et conditions d'octroi) révèlent l'arbitrage effectué dans nos sociétés entre le devoir des individus de travailler pour le bien-être collectif (cohésion sociale) et la liberté individuelle de choisir leur emploi (autoréalisation et épanouissement personnel).

\*\*\*

**166.** Dans la section précédente, nous avons démontré, à l'appui des travaux préparatoires, que les formulations du droit au travail dans les différents textes étaient relativement ouvertes

<sup>316</sup> J. FREYSSINET, « Plein emploi, ... », *op. cit.*, p. 28.

<sup>317</sup> O.I.T., Rapport IV(2), Promotion de l'emploi et sécurité sociale, Quatrième question à l'ordre du jour, C.I.T., 73<sup>ème</sup> session, 1987, p. 61 (travaux préparatoires de la Convention n°168 de 1988 sur la protection contre le chômage et la promotion de l'emploi).

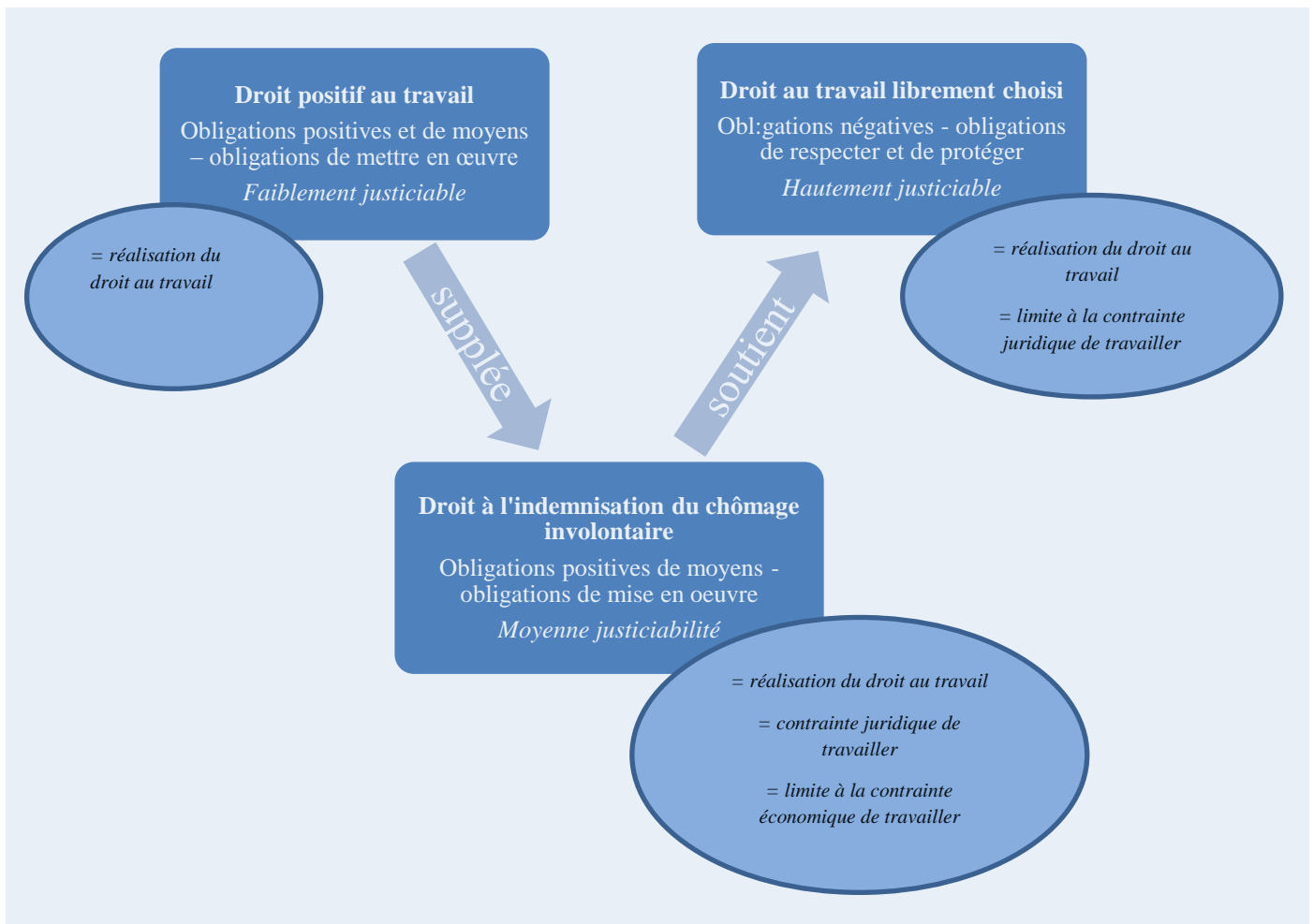
<sup>318</sup> O.I.T., C.E.A.C.R., *Etude d'ensemble concernant les instruments relatifs à la sécurité sociale à la lumière de la Déclaration de 2008 sur la justice sociale pour une mondialisation équitable*, *op. cit.*, §228.

et indéterminées et ne récusait *a priori* aucune voie politique de réalisation du droit au travail. Ces formulations ont été concrétisées par la jurisprudence internationale appelée à dégager les exigences concrètes qui découlent du droit pour veiller à son respect et à sa mise en œuvre par les Etats. Elles ont également été opérationnalisées à travers les normes internationales visant à la réalisation du droit au travail. Nous avons mis en évidence, dans cette section, que les normes d'interprétation ainsi que les normes d'application du droit au travail optent pour la conception réformiste du droit au travail et invalident les voies de réalisation du droit au travail proposées par les conceptions socialiste et libérale classique du droit au travail, de même que les concrétisations du devoir de travailler qu'elles impliquent.

**167.** Tel que concrétisé, le droit au travail impose aux Etats d'adopter des mesures concrètes pour réaliser progressivement le plein emploi (droit-créance - obligations positives de moyens). Par conséquent, la conception libérale classique suivant laquelle les obligations positives de réalisation du droit au travail demeurent dans la sphère de la morale est invalidée. La conception socialiste de la garantie individuelle d'emploi est par ailleurs explicitement écartée par la jurisprudence.

Parallèlement, le droit au travail est fortement sécurisé dans sa dimension de liberté à travers le droit au travail librement entrepris. Cette dimension du droit au travail constitue à la fois une liberté civile et une liberté économique. Cette dimension du droit au travail exclut le devoir juridique général de travailler, qui est le corollaire de la garantie d'emploi dans la conception socialiste du droit au travail.

Enfin, le droit à l'indemnisation du chômage connaît des développements conséquents (droit-créance – obligations positives de moyens). Il pose des limites à la contrainte économique au travail et invalide ainsi la concrétisation du devoir de travailler propre à la conception libérale classique du droit au travail.



## Conclusions du Chapitre 2

**168.** La Crise de 1929 et la Seconde Guerre mondiale ont catalysé la consécration du droit au travail au niveau international. Lors des discussions relatives à la formulation du droit au travail dans les pactes internationaux, les Etats s'étaient regroupés en différents camps autour des différentes conceptions politiques du droit au travail, en fonction de leur expérience nationale. Les différentes conceptions politiques du droit au travail se sont une nouvelle fois affrontées, sans qu'aucune d'entre elles ne s'impose en bout de course. Les formulations du droit au travail dans les différents pactes internationaux sont larges et indéterminées ; chaque conception politique du droit au travail pouvant s'y reconnaître.

**169.** Au stade de l'application des textes internationaux, la conception réformatrice s'est progressivement imposée. La jurisprudence internationale relative au droit au travail et les normes adoptées au niveau international pour réaliser le droit au travail ont validé la voie de réalisation du droit au travail préconisée par les réformistes. Le droit au travail dans sa dimension de créance est affirmé comme un droit programmatique dont découlent uniquement des obligations de moyens. Le droit au travail dans sa dimension de liberté implique des

obligations négatives précises fortement sécurisées. Le droit à l'indemnisation du chômage est également considéré comme un droit programmatique mais il connaît des développements importants dans la jurisprudence internationale, qui peut s'appuyer sur les normes internationales qui précisent les obligations minimales qui découlent du droit à la sécurité sociale. Ces normes internationales sont le reflet d'une acceptation large du droit à la sécurité sociale et d'un consensus important sur la manière de le réaliser.



## **Chapitre 3. L'activation des personnes sans emploi, témoin de la recomposition des conceptions politiques du droit au travail**

### **Introduction**

**170.** Depuis le début des années 1990, les pays industrialisés multiplient les réformes visant à activer les personnes sans emploi. Dans ce chapitre, nous commençons par décrire le contexte socio-économique dans lequel s'est imposée cette dynamique commune d'activation des personnes sans emploi. Nous mettons en évidence qu'à travers ce type de réformes, les Etats ambitionnent de remédier à la crise d'inefficacité rencontrée par le modèle réformiste de réalisation du droit au travail depuis la fin des années 1970 (Section 1). Au-delà de cette volonté partagée, on observe que les réformes entreprises sous l'étiquette de l'activation prennent des formes très variées. Nous montrons qu'en fonction des réformes entreprises, les politiques nationales d'activation ont une incidence très variable sur l'arbitrage entre le droit et le devoir de travailler des personnes sans emploi (Section 2).

**171.** La crise des Etats-providence et l'activation des personnes sans emploi sont des thèmes désormais classiques en sciences sociales. Dans ce chapitre, la brève description de ces événements à l'appui de la littérature existante se double d'une lecture originale à la lumière de notre point d'entrée : l'objectif de réalisation du droit au travail et les tensions sous-jacentes entre le droit et le devoir de travailler, inhérentes aux fonctions de cohésion sociale et d'épanouissement individuel assignées au travail. Cette approche apporte deux éclairages sur la crise des Etats-providence et l'activation des personnes sans emploi. A l'analyse communément admise de rupture entre les objectifs poursuivis par l'Etat-providence et l'activation des personnes sans emploi, nous opposons une vision de continuité. Nous démontrons que les politiques préconisées par l'Etat-providence et les politiques d'activation des personnes sans emploi s'inscrivent dans la poursuite d'un même objectif : la réalisation du droit au travail. Nous mettons ensuite en évidence, qu'en fonction des modèles économiques et des normes politiques qui les sous-tendent, les réformes visant à activer les personnes sans emploi empruntent des voies différentes en vue de réaliser le droit au travail. Ce faisant, les politiques d'activation procèdent à un renouvellement des conceptions politiques du droit au travail que nous avons mises en évidence dans le premier chapitre.

### **Section 1. L'activation des personnes sans emploi, une réponse à la crise d'efficacité de la conception réformiste du droit au travail**

**172.** Cette section est dédiée à l'analyse de la dynamique générale d'activation des personnes sans emploi à l'œuvre dans les pays industrialisés depuis le début des années 1990. Elle est construite en deux temps. Tout d'abord, nous revenons sur le contexte dans lequel cette dynamique s'enclenche : l'incapacité du modèle réformiste d'après-guerre à réaliser le droit au travail suite aux bouleversements de l'environnement socio-économique (§1). Ensuite,

après avoir clarifié ce que nous entendons par l'activation des personnes sans emploi, nous montrons que les réformes entreprises sous ce label se développent comme une réponse à l'inefficacité de la conception réformiste du droit au travail (§2).

**173.** Dans cette section, nous démontrons que l'analyse suivant laquelle, à travers l'activation des personnes sans emploi, se jouerait l'abandon d'un objectif de « décommodification » des individus au profit d'un objectif de « recommodification » est erronée. Nous rappelons que la fonction de décommodification des systèmes d'indemnisation du chômage est un élément central de la voie réformiste de réalisation du droit au travail. Nous démontrons ensuite que l'activation des personnes sans emploi s'inscrit dans la recherche de la réalisation du droit au travail ; elle ne passe pas nécessairement par une recommodification des individus.

### ***§1. Contextualisation : la crise d'efficacité de la conception réformiste du droit au travail***

**174.** Nous avons montré dans le premier chapitre que la conception réformiste du droit au travail contenait la promesse d'apaiser les tensions entre le droit et le devoir de travailler en assurant une autonomie financière aux chômeurs momentanément privés d'emploi. Pendant les Trente Glorieuses, le recours aux politiques keynésiennes d'investissement associé au développement de systèmes d'indemnisation de la privation involontaire d'emploi va en effet permettre aux Etats réformistes de flirter avec le plein emploi tout en protégeant la liberté des individus de choisir leur emploi. Mais l'évolution du contexte socio-économique à partir de la deuxième moitié des années 1970 met le modèle réformiste sous pression.

**175.** La crise des Etats-providence a été étudiée à de multiples reprises et dans ses différentes dimensions (économique, sociale, culturelle et philosophique). Nous n'entendons en aucun cas livrer une description exhaustive de la littérature sur le sujet. Comme indiqué ci-dessus, nous abordons la question de la crise de l'Etat-providence avec notre grille de lecture. L'Etat-providence est appréhendé comme la voie réformiste de réalisation du droit au travail, auquel sont assignées, pour rappel, les fonctions de cohésion sociale et d'épanouissement des individus. Nous adoptons une perspective large de l'Etat-providence en ce sens que nous n'y incluons pas uniquement les politiques de sécurité sociale mais également les politiques fiscales, sociales et macro-économiques menées en faveur de l'emploi. Notre perspective est par ailleurs limitée puisqu'elle est centrée sur la question de l'emploi alors que l'Etat-providence se préoccupe plus largement des questions de bien-être des individus à travers des secteurs de la sécurité sociale tels que les soins de santé, les allocations familiales ou les pensions de vieillesse. Dans la perspective adoptée, la crise de l'Etat-providence provient de ce qu'il est perçu comme inadapté, dans le nouveau contexte socio-économique, pour réaliser le droit au travail et, dès lors, assurer la cohésion sociale ainsi que l'épanouissement des individus.

**176.** Pour appuyer notre analyse, nous commençons par décrire les transformations du contexte socio-économique dans les années 1970 et 1980. Nous précisons comment, d'après

la littérature de l'économie politique, elles mettent à mal l'efficience de l'Etat-providence (a.). Nous montrons dans un second temps que, dans ce nouvel environnement macro-économique, le modèle réformiste n'apparaît plus à même de sécuriser le droit au travail et subit dès lors une crise du soutien social (b.).

**177.** Les transformations économiques et sociales de la société sont des faits objectifs et scientifiquement observés. La répercussion de chacune de ces transformations sur la pertinence du modèle réformiste est par contre difficile à établir et à mesurer de manière certaine. Nous ne nous prononcerons pas sur le lien objectif entre chacune des transformations sociales et la crise du modèle réformiste ; nous veillerons par contre à mettre en évidence les courants d'idées et les modèles économiques qui étayaient chacune de ces corrélations. Nous partageons en effet le point de vue suivant lequel c'est la conjugaison de l'évolution des réalités sociales et de l'histoire des idées, en ce compris le renouvellement des théories économiques dominantes, qui défient l'efficacité de la recette réformiste d'après-guerre de réalisation du droit au travail<sup>319</sup>.

#### a. La transformation du contexte socio-économique et la mise sous pression de l'Etat-providence : aperçu de la littérature de l'économie politique

**178.** Le modèle réformiste de réalisation du droit au travail a globalement satisfait les Etats occidentaux pendant les Trente Glorieuses. La conversion progressive au keynésianisme et l'édification parallèle des systèmes de sécurité sociale leur ont en effet permis d'approcher le plein emploi tout en protégeant la liberté des individus de choisir leur emploi. Le succès du modèle était intimement lié au contexte socio-économique de l'époque, plus précisément au régime économique et financier international, aux caractéristiques du système productif et aux structures sociales<sup>320</sup>. Ces différents éléments ont tous subi des mutations importantes à partir de la seconde moitié des années 1970.

**179.** Tout d'abord, l'environnement économique international est marqué par l'intégration progressive des marchés nationaux. La nouvelle économie globalisée est caractérisée par la mondialisation des flux de capitaux, l'expansion des échanges et la généralisation de la concurrence. Les deux chocs pétroliers des années 1970 symbolisent dans les esprits la perte d'autonomie et de marge de manœuvre des Etats dans la mise en œuvre de politiques sociales et économiques. L'abandon du système de changes fixes établi dans les accords de Bretton Woods en mars 1973 et l'abaissement généralisé des protections douanières ont fortement facilité les mouvements internationaux de capitaux. Dans ce nouveau contexte d'extrême mobilité des capitaux, le modèle réformiste de réalisation du droit au travail est mis en

---

<sup>319</sup> Voy., en ce sens : F.-X. MERRIEN, « Etats-providence en devenir. Une relecture critique des recherches récentes », *Revue française de sociologie*, Vol. 43, n°2, 2002, p. 226.

<sup>320</sup> Voy. not. en ce sens : G. ESPING-ANDERSEN, *Welfare States in Transition : National Adaptations in Global Economies*, Londres, Sage Publications, 1996 ; G. ESPING-ANDERSEN, *Social Foundations of Postindustrial Economies*, Oxford, Oxford University Press, 1999 ; F. W. SCHARPF et V. A. SCHMIDT (dir.), *Welfare and Work in the Open Economy*, Oxford, Oxford University Press, 2000 ; P. PIERSON (dir.), *The New Politics of the Welfare State*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

difficulté. Les politiques keynésiennes qu'il préconise sont en effet dépréciées par les investisseurs pour leurs risques inflationnistes ; il en est de même des politiques sociales généreuses qui viennent grever les budgets des Etats et vont de pair avec une pression fiscale et/ou des charges sociales importantes. Dans l'économie globalisée, les Etats réformistes s'exposent à la sanction des marchés financiers, c'est-à-dire à un retrait des capitaux indispensables à la croissance économique et au maintien des emplois.

La conception réformiste du droit au travail souffre par ailleurs de l'accroissement de la concurrence internationale qui va de pair avec le développement du commerce international. Avec la diminution des coûts du transport et des coûts de communication, les pays à faibles niveaux de salaires entrent en compétition avec les Etats à plus hauts niveaux de salaires, essentiellement pour les objets manufacturés à forte intensité de travail, qu'ils offrent de produire à moindre coût. La menace de la délocalisation plane sur les Etats réformistes. Les pays industrialisés sont incités à diminuer les coûts du travail s'ils ne veulent pas subir une augmentation du chômage et de l'exclusion sociale.

**180.** Selon un courant de la littérature, les Etats qui ont un système de sécurité sociale généreux sont condamnés à l'impuissance dans l'économie globalisée (*explication externaliste*). La poursuite de politiques keynésiennes d'investissement associée à un système généreux d'indemnisation du chômage conduirait inévitablement, dans une économie ouverte, à un chômage de masse et de longue durée et à l'exclusion sociale définitive des travailleurs déqualifiés. La globalisation renforçant le pouvoir du capital en lui garantissant une « exit option », elle forcerait les Etats à entrer en compétition en menant des politiques pour séduire les investisseurs et conduirait inévitablement à une course au moins-disant social<sup>321</sup>. Sans remettre en cause l'impact de la transformation de l'environnement économique international sur l'Etat-providence, un autre courant de la littérature estime que ce dernier est davantage mis sous pression par la transformation interne des économies des pays industrialisés (*explication internaliste*)<sup>322</sup>.

---

<sup>321</sup> En ce sens, voy. not. : S. STRANGE, *The Retreat of the State : the Diffusion of Power in the World Economy*, New York, Cambridge University Press, 1996 ; A. SASSKIA-SASSEN, *Losing Control : Sovereignty in an Age of Globalization*, New York, Columbia University Press, 1996 ; R. MISHRA, *Globalization and the Welfare State*, Cheltenham, Edward Elgar, 1999 (cités soit dans J. MYLES et J. QUADAGNO, « Political Theories of the Welfare State », *Social Service Review*, Mars 2002, p. 43, soit dans F.-X. MERRIEN, « Etats-providence en devenir... », *op. cit.*, p. 221). Sur la perte d'autonomie des Etats en matière de politique économique et sociale face à la globalisation et sur la montée en puissance de la finance internationale, voy. également : I. CASSIERS et E. LEBEAU, « De l'Etat providence à l'Etat social actif. Quels changements de régulation sous-jacents ? », in P. Vielle, P. Pochet et I. Cassiers (dir.), *L'Etat social actif. Vers un changement de paradigme ?*, Bruxelles, P.I.E.-Peter Lang, 2005, pp. 99-113. *Contra* : Des études empiriques démontrent au contraire que les Etats à économie ouverte ont généralement des systèmes de protection sociale forts, qui pallie l'insécurité accrue des travailleurs causée par la globalisation. D'autres études insistent sur le fait que le commerce international se développe essentiellement entre pays développés et que les échanges développés avec les pays du Sud portent essentiellement sur des produits à forte intensité de main d'œuvre (J. MYLES et J. QUADAGNO, « Political Theories of the Welfare State », *op. cit.*, pp. 43 et 44 ; F.-X. MERRIEN, « Etats-providence en devenir... », *op. cit.*, p. 224).

<sup>322</sup> En faveur de l'explication internaliste, voy. not. : G. ESPING-ANDERSEN, *Les trois mondes de l'Etat-providence. Essai sur le capitalisme moderne*, Paris, PUF, 1999, pp. 231-264 (Chapitre 8 : Les trois trajectoires de l'emploi dans les sociétés postindustrielles) (traduit par F.-X. MERRIEN, originellement publié en Anglais en 1990) ; T. IVERSEN et A. WREN, « Equality, Employment and Budgetary Restraint : the Trilemma of the Service Economy », *World Politics*, Vol. 50, Juillet 1998, pp. 507-546 ; G. ESPING-ANDERSEN, *Social Foundations of*

Ces pays observent tout d'abord une transition d'une économie industrielle à une économie de services. Selon l'explication internaliste, la désindustrialisation de nos économies ne s'explique pas tant par la concurrence internationale que par l'accroissement de la productivité liée aux progrès techniques. Cette transformation interne de l'économie expose les pays industrialisés à un ralentissement de la croissance économique et à un risque de pertes d'emplois. Selon les internalistes, les nouveaux métiers de service génèrent en effet moins de gains de productivité. Pour y faire face, les Etats avec un système de sécurité sociale généreux ont tendance à augmenter les charges sociales ou fiscales, pour financer les services publics et les prestations sociales, ce qui cause une perte de compétitivité et une augmentation de la dette. Dans une économie globalisée (mobilité des capitaux et concurrence internationale accrue), ces facteurs risquent d'aggraver à leur tour le ralentissement de la croissance et le chômage.

La transition vers une économie de services combinée avec l'abandon du système fordiste de production au profit d'un régime de production flexible génère par ailleurs un risque particulier de mise à l'écart des travailleurs peu qualifiés. Durant les Trente Glorieuses, l'économie industrialisée générait des emplois pour les personnes peu qualifiées. La mise en place d'un système fordiste de production dans les entreprises avait entraîné une déqualification du travail ouvrier, par la division du travail et la parcellisation des tâches. L'évolution vers un régime de production multi-produits/services et flexible va de pair avec une diversification des tâches. Ce régime nécessite par ailleurs que les travailleurs jouissent de compétences transversales leur permettant d'actualiser et de renouveler constamment leurs compétences techniques. Dans les économies post-industrielles, les travailleurs peu qualifiés trouvent non seulement plus difficilement à employer leur force de travail mais, avec l'évolution sans cesse plus rapide des compétences demandées sur le marché du travail, ils sont en outre exposés à un risque de chômage prolongé.

La transformation interne des économies des pays industrialisés se couple à des évolutions sociales et sociétales, telles que le vieillissement démographique ou l'entrée des femmes sur le marché du travail, lesquelles accroissent les difficultés des Etats-providence à intégrer les personnes désireuses de travailler sur le marché du travail et à financer les prestations sociales des personnes qui ne travaillent pas ou plus.

**181.** S'il est difficile de déterminer avec certitude l'impact de chacune des transformations du contexte socio-économique sur l'efficacité du modèle réformiste de réalisation du droit au travail, il est indéniable que, dans leur conjonction, ces transformations ont mis le modèle sous pression. Concrètement, les Etats-providence qui ont un système de sécurité sociale généreux<sup>323</sup> font face depuis la fin des années 1970 à un chômage important et de longue durée.

---

*Postindustrial Economies*, op. cit. ; P. PIERSON, « Three Worlds of Welfare State Research », *Comparative Political Studies*, Vol. 33, n°6-7, pp. 791-821 ; T. IVERSEN, « The Dynamics of Welfare State Expansion : Trade Openness, De-Industrialization, and Partisan Politics », in P. Pierson, *The New Politics of the Welfare State*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 45-79 ; P. PIERSON, « Post-industrial Pressures on Mature Welfare States », in P. Pierson, *The New Politics of the Welfare State*, op. cit., pp. 80-104.

<sup>323</sup> Les pays industrialisés appartenant au régime libéral (suivant la classification des types d'Etats-providence d'Esping-Andersen) résistent ainsi mieux à l'augmentation du chômage dans la nouvelle économie. La faiblesse

On relèvera toutefois l'exception des Etats scandinaves, qui sont parvenus à maintenir le quasi plein emploi pendant les années 1970 et 1980, tout en conservant des systèmes de sécurité sociale forts. Cette réussite est généralement attribuée aux caractéristiques particulières des Etats-providence de type social-démocrate suivant la classification des Etats-providence élaborée par Esping-Andersen. Ce type d'Etat-providence adjoint à la recette réformiste classique de réalisation du droit au travail (politiques keynésiennes et systèmes d'indemnisation du chômage involontaire) des éléments spécifiques, c'est-à-dire la flexibilité du travail (en ce compris la modération salariale) en échange d'investissements publics et de politiques actives du marché du travail<sup>324</sup> (aide au reclassement, formations, créations directes d'emplois dans le secteur public et subsides à l'emploi aux employeurs privés). C'est la conjonction de ces éléments qui aurait permis aux Etats scandinaves de demeurer attractifs et compétitifs à l'heure de la globalisation et de prendre le tournant de l'économie de services. Le maintien du plein emploi dans ces pays se fait toutefois au prix de hautes dépenses publiques et d'une pression fiscale élevée, qui dépend du soutien de la population<sup>325</sup>.

**182.** Avant de clôturer l'aperçu de la littérature dédiée à l'analyse de la crise de l'Etat-providence sous un angle macro-économique, soulignons que les différentes explications avancées reposent sur des modèles économiques, qui, comme tout modèle, font l'objet de controverses<sup>326</sup>. Ainsi, l'explication internaliste de la crise des Etats-providence repose sur la théorie de Baumol (1967) suivant laquelle le secteur tertiaire, parce qu'il s'agit d'un secteur à forte intensité de main d'œuvre, ne connaîtra pas de croissance de productivité au cours du temps. Cette hypothèse est contestée par les théoriciens de la nouvelle économie qui assurent que le secteur de l'informatique et de la communication sont par exemple des secteurs avec des très hauts potentiels de productivité. On relèvera par ailleurs l'influence très prégnante, dans une partie de la littérature, des postulats de la théorie de l'économie de l'offre, notamment à travers la dénonciation d'une part des politiques budgétaires expansionnistes, des politiques keynésiennes et de la pression fiscale et la valorisation, d'autre part, de la flexibilité du travail et de la modération salariale<sup>327</sup>.

---

de leur système de protection sociale favorise la création d'un secteur privé de services fortement créateur d'emplois. Le régime libéral s'adapte facilement aux exigences de la nouvelle économie et parvient ainsi à maintenir de hauts taux d'emploi. Ce faisant, il fait toutefois face à une autre difficulté : la baisse de la rémunération des travailleurs peu qualifiés et l'accroissement des inégalités (G. ESPING-ANDERSEN, *Les trois mondes de l'Etat-providence...*, *op. cit.*, pp. 261-262 ; T. IVERSEN et A. WREN, « Equality, Employment and Budgetary Restraint : the Trilemma of the Service Economy », *op. cit.*, pp. 512-513).

<sup>324</sup> Sur la notion de politiques ou de mesures actives du marché du travail, voy. *infra*, n°192 et 234-235.

<sup>325</sup> G. GARRETT, « Capital Mobility, Trade, and the Domestic Politics of Economic Policy », *International Organization*, Vol. 49, n°4, 1995, pp. 657-687 ; du même auteur, *Partisan Politics in the Global Economy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998 ; T. IVERSEN et A. WREN, « Equality, Employment and Budgetary Restraint : the Trilemma of the Service Economy », *op. cit.*, p. 515 ; G. ESPING-ANDERSEN, *Social Foundations of Postindustrial Economies*, *op. cit.*, pp. 159-160.

<sup>326</sup> Pour plus de développement à ce sujet, voy. F.-X. MERRIEN, « Etats-providence en devenir... », *op. cit.*, pp. 226-227.

<sup>327</sup> Sur l'influence des postulats de l'école de pensée de l'économie de l'offre dans le diagnostic de crise de l'Etat-providence, voy. également : I. CASSIERS et E. LEBEAU, « De l'Etat providence à l'Etat social actif. Quels changements de régulation sous-jacents ? », *op. cit.*, pp. 93-120.

## b. L'inefficacité de la conception réformiste du droit au travail et la crise de légitimité sociale de l'Etat-providence

**183.** Nous adhérons à la thèse de Pierre Rosanvallon suivant laquelle la crise de l'Etat-providence n'est pas tant une crise économique qu'une crise du soutien social. Si, sur le plan économique ou financier, l'Etat-providence fait face à d'indéniables difficultés, on ne peut conclure, sous ces seules lunettes, à une impasse du modèle. Il serait trompeur d'affirmer, comme un fait apolitique, que les limites de croissance de l'Etat-providence seraient atteintes sur le plan économique. Théoriquement, il est en effet toujours possible d'augmenter les charges sociales ou la pression fiscale pour financer l'augmentation des dépenses en prestations sociales. Les limites au développement de l'Etat-providence et les objections à la poursuite du modèle ne sont dès lors pas tant d'ordre économique que politiques ou philosophiques<sup>328</sup>. Le modèle de l'Etat-providence des Trente Glorieuses subit une crise de soutien social dans les pays industrialisés. Les critiques sociales à l'égard de l'Etat-providence se concentrent à l'encontre des systèmes de prestations de chômage et d'assistance sociale, accusés de maintenir les chômeurs en-dehors de l'emploi<sup>329</sup>. Suivant notre grille de lecture, la crise de légitimité sociale que subissent l'Etat-providence et plus particulièrement le droit à l'indemnisation du chômage résulte de leur inefficacité, dans le nouveau contexte socio-économique, à sécuriser le droit au travail.

**184.** Nous avons vu dans le premier chapitre qu'à travers l'indemnisation du chômage, la conception réformiste ambitionnait de résoudre le dilemme posé par la réalisation du droit au travail, à savoir sécuriser concomitamment le droit au travail dans sa dimension de créance et dans sa dimension de liberté. Dans le contexte particulier des Trente Glorieuses, la conception réformiste du droit au travail a rempli ces promesses. Elle a permis aux Etats occidentaux de flirter avec le plein emploi (cohésion sociale) tout en protégeant la liberté des individus de choisir leur emploi (épanouissement individuel). Concrètement, le plein emploi était atteint, plus exactement le chômage réduit à sa composante frictionnelle, grâce à une croissance économique forte soutenue par des politiques keynésiennes d'investissement et l'accès des classes moyennes à la consommation de masse. Le plein emploi réalisé sur le terrain économique donnait effectivement corps au droit au travail dans sa dimension de créance. Le chômage constituait un risque réduit et momentané dans les sociétés industrielles d'après-guerre. Dans ce contexte, l'octroi d'allocations financières en marge du marché du travail aux personnes privées d'emploi convenable a permis de sécuriser, au moins dans une certaine mesure, la possibilité réelle des individus de choisir librement leur emploi. Les intéressés étaient indemnisés pendant les quelques mois nécessaires pour qu'ils retrouvent un travail correspondant à leurs qualifications. Daniel Dumont observe ainsi que « la 'passivité' supposée de l'Etat-providence n'est pas tant l'un de ses effets pervers... que l'un de ses traits constitutifs<sup>330</sup>. « Somme toute, (la) double logique de cantonnement exogène du marché et de

---

<sup>328</sup> P. ROSANVALLON, *La crise de l'Etat-providence*, Paris, Editions du Seuil, 1984 (originellement publié en 1981). Voy. également en ce sens : C. HENNING, « Liberalism, Perfectionism and Workfare », *Analyse & Kritik*, Vol. 1, 2009, p. 162.

<sup>329</sup> P. ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale...*, op. cit.

<sup>330</sup> D. DUMONT, *La responsabilisation des personnes sans emploi en question*, Bruxelles, La Charte, 2012, p. 65.



réparation financière *ex post* de ses dégâts n'a pas si mal fonctionné durant les Trente Glorieuses. Pour les assurés sociaux, les redistributions opérées par l'Etat-providence permettaient de garantir la continuité du revenu et d'assurer le (relatif) maintien de leur niveau de vie, en attendant qu'ils parviennent à réintégrer le marché du travail..... »<sup>331</sup>. L'équilibre réalisé par l'indemnisation financière du chômage entre le droit et le devoir de travailler a permis momentanément d'apaiser les tensions entre les fonctions de cohésion sociale et d'épanouissement individuel assignées au travail.

**185.** Avec l'entrée de nos sociétés dans le chômage de masse, le droit au travail dans sa dimension de créance n'est plus guère réalisé. Il est plus exactement rabattu sur le droit (en principe) supplétif de bénéficier de prestations de chômage en l'absence d'emploi convenable, voire sur le droit à l'assistance sociale sous conditions de ressources<sup>332</sup>. Suite à la transformation du chômage en un phénomène structurel et de longue durée, de plus en plus de personnes privées d'emploi ne correspondent plus au profil de risque couvert par l'indemnisation du chômage. Soit elles n'ont pas pu suffisamment travailler pour ouvrir le droit aux prestations de chômage, soit elles ont épuisé leur droit aux prestations<sup>333</sup>. Parmi ces chômeurs, seules les personnes dans le besoin ont droit à l'assistance sociale.

Tant que le chômage était réduit à sa composante frictionnelle, nous avons vu que l'octroi de prestations de chômage aux personnes momentanément privées d'emploi suffisait globalement pour protéger leur liberté de choisir leur emploi : les intéressés étaient indemnisés pendant les quelques mois nécessaires pour qu'ils retrouvent un travail correspondant à leurs qualifications. Mais face au chômage de masse et de longue durée, la garantie d'un soutien financier par la sécurité sociale n'est manifestement plus suffisante pour sécuriser le droit des individus de choisir librement leur emploi. L'indemnisation passive du chômage en marge du marché du travail apparaît d'autant plus insuffisante que la nouvelle économie va de pair avec une évolution de plus en plus rapide des métiers et des qualifications demandées sur le marché du travail. Le chômage ne devient pas seulement un risque de longue durée ; il risque de devenir un état stable. On parle de chômage d'exclusion.

---

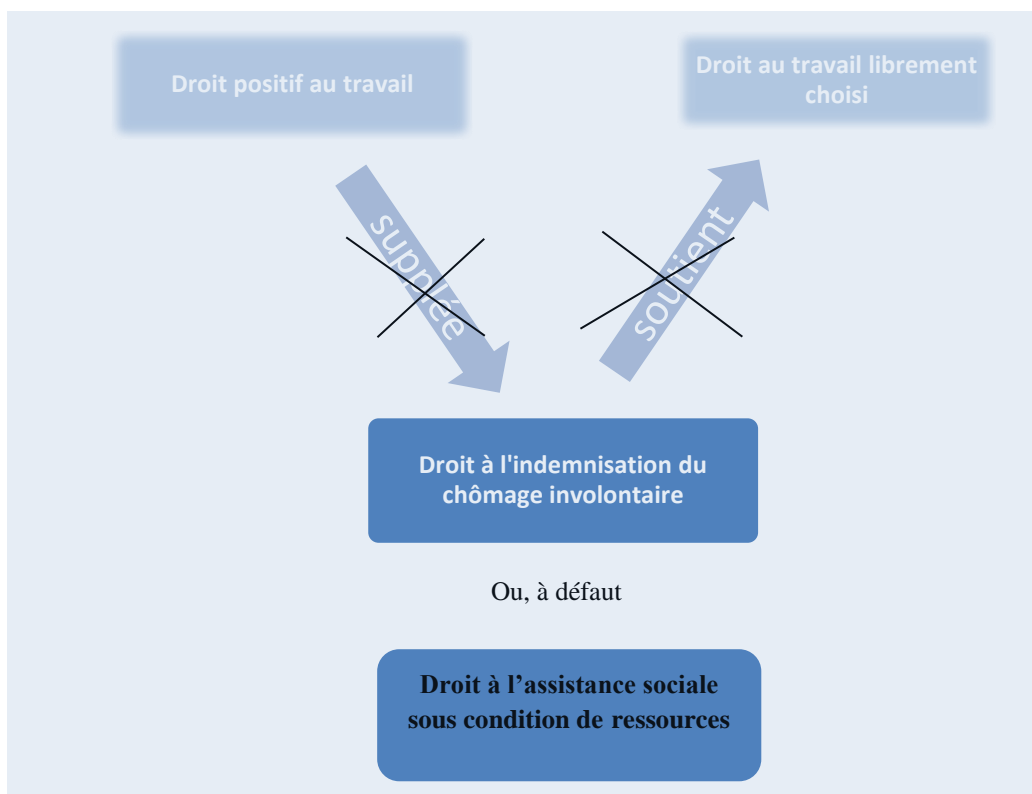
<sup>331</sup> D. DUMONT, *La responsabilisation des personnes sans emploi en question*, op. cit., p. 65.

<sup>332</sup> Cette analyse a également été développée par E. Dermine et D. Dumont (« Activation Policies for the Unemployed, the Right to Work and the Duty to Work: Which Interactions? », op. cit., p. 17).

<sup>333</sup> P. ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale*, op. cit., p. 28 ; P. DUFOUR, G. BOISMENU, A. NOËL, *L'aide au conditionnel. La contrepartie dans les mesures envers les personnes sans emploi en Europe et en Amérique du Nord*, Bruxelles, PIE-Peter Lang, 2003, p. 11 ; J. REYSZ, *Le changement de logique de la protection sociale des sans-emploi en Union européenne : de l'aide au revenu à la réintégration sur le marché du travail*, Thèse en vue de l'obtention du grade de docteur en sciences économiques soutenue publiquement le 25 mai 2010, [http://tel.archives-ouvertes.fr/docs/00/49/08/78/PDF/These\\_Julien\\_Reysz.pdf](http://tel.archives-ouvertes.fr/docs/00/49/08/78/PDF/These_Julien_Reysz.pdf), p. 179.



**Encadré 16 – La substitution progressive du droit à l’indemnisation du chômage ou à l’assistance sociale au droit au travail**



**186.** La conception réformatrice du droit au travail prônait la reconnaissance d’un droit-crédence aux prestations de chômage en l’absence d’emploi convenable afin de protéger la liberté réelle des individus de choisir leur emploi. Dans le nouvel environnement économique et international, l’indemnisation passive du chômage (associée à des politiques keynésiennes de l’emploi) apparaît incapable de remplir l’objectif pour lequel il a été institué et perd donc en légitimité.

**187.** Le contenu des critiques sociales formulées à l’encontre de l’indemnisation passive du chômage confortent notre explication de sa crise de légitimité. Les critiques peuvent en effet être rassemblées en deux registres, qui mobilisent chacun, d’une manière ou d’une autre, une des deux vertus reconnues au travail, c’est-à-dire l’épanouissement des individus, pour le premier registre, et la cohésion sociale, pour le second.

Le premier courant met en évidence que l’indemnisation du chômage s’est construite sur l’idée que le chômage serait une escale provisoire. Aujourd’hui, les bénéficiaires de prestations de chômage ou de l’assistance sociale sont, pour beaucoup, durablement exclus du marché du travail. Ces situations d’exclusion sont dénoncées parce que l’octroi de prestations

financières en marge du marché du travail n'est pas considéré comme offrant les mêmes perspectives qu'un travail, en termes d'estime de soi et de réalisation personnelle<sup>334</sup>.

Les fonctions économique et sociale conférées au travail forment la toile de fond du deuxième registre de critiques. La déconnexion croissante entre l'octroi de prestations sociales et l'accès au travail pose tout d'abord des problèmes de soutenabilité financière dès lors que les prestations sociales coûtent de l'argent à la société alors que le travail crée de la richesse au profit de la société. Mais le chômage ne se limite pas à augmenter, il se transforme en états durables et on assiste à une dissociation de plus en plus profonde entre le camp des travailleurs cotisants et le camp des chômeurs bénéficiaires de prestations sociales. La question financière, nous l'avons vu, n'est en théorie pas indépassable, mais, elle débouche, dans ces circonstances, sur une crise du rapport social. Cette crise prend pied sur la conviction généralement partagée que c'est à travers leur travail que les individus font société. Dans une société où une partie importante de la population est exclue du marché du travail et bénéficie du travail des autres, la cohésion sociale en pâtit<sup>335</sup>.

**188.** Les tensions momentanément apaisées entre le droit et le devoir de travailler réapparaissent. Les uns proposent de démanteler les systèmes d'indemnisation du chômage ; c'est le retour du discours libéral classique suivant lequel le marché serait plus apte à réaliser le droit au travail. L'argument qui leur est opposé n'a point changé : la fonction de cohésion sociale du travail prendrait le pas sur sa fonction dans l'épanouissement des individus ; la liberté de choisir son emploi serait purement formelle et le droit au travail dans sa dimension de créance se muerait en devoir de travailler. D'autres souhaitent persévérer dans le projet réformiste et défendent le *statu quo*. Ils se voient rétorquer que rien ne sert de protéger la liberté de choisir son emploi via l'indemnisation du chômage s'il n'y a pas d'emploi. Sans réalisation du droit au travail dans sa dimension de créance, le droit au travail dans sa dimension de liberté ne saurait par définition se réaliser. Les pays industrialisés peinent à dégager de nouvelles propositions politiques pour surmonter le dilemme interne à la réalisation du droit au travail, que ne permet plus de dépasser la conception réformiste du droit au travail.

## **§2. L'activation des personnes sans emploi, notion et raisons d'être**

**189.** L'activation des personnes sans emploi constitue la réponse principale concrète donnée par les pays industrialisés aux hauts taux de chômage<sup>336</sup>. Face à la transformation du chômage

---

<sup>334</sup> De nombreux auteurs relaient cette préoccupation : voy. à titre exemplatif : A. SEN, « Inequality, Unemployment and Contemporary Europe, *International Labour Review*, 1997, p. 156 ; P. ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale...*, op. cit., p. 118-121 ; R. CASTEL, « Travail et utilité au monde », *Revue internationale du travail*, 1996, n° 6, p. 681 ; D. DUMONT, *La responsabilisation des personnes sans emploi en question*, op. cit., pp. 66-69 ; F. VANDENBROUCKE, *Op zoek naar een redelijke utopie. De actieve welvaartstaat in perspectief*, Leuven, Garant, 2000, p. 40.

<sup>335</sup> Cette préoccupation est à titre exemplatif soulevée par : D. OLIVENNES, « La société de transferts », *Le Débat*, n° 69, mars-avril 1992, p. 110-121, p. 118 plus particulièrement ; F. VANDENBROUCKE, *Op zoek naar een redelijke utopie. De actieve welvaartstaat in perspectief*, op. cit., p. 43.

<sup>336</sup> R. L. SIEGEL, *Employment and Human Rights...*, op. cit., p. 189.

en un risque de masse et de longue durée, certains Etats européens ont été tentés, dans un premier temps, d'abandonner l'objectif de réalisation du droit au travail et d'opter pour l'institutionnalisation de la déconnection entre l'octroi de prestations financières et l'accès à l'emploi. Ils ont cherché à diminuer le taux de chômage (lutte contre le chômage), en faisant basculer des franges de la population du chômage à l'inactivité. C'est ainsi que, dans les années 1970 et 1980, ils ont mis en place des systèmes de préretraite, ont promu l'allongement de la durée des études ou encore procédé à l'ouverture des conditions d'admissibilité aux allocations d'invalidité<sup>337</sup>. Dans des sociétés où le travail demeure le principal vecteur de cohésion sociale et d'épanouissement individuel, cette piste a toutefois été rapidement critiquée. A la baisse du taux de chômage, s'est substitué, dès le début des années 1990, le *leitmotiv* de la hausse du taux d'emploi<sup>338</sup> (lutte contre le chômage et l'inactivité), laquelle passe principalement par le développement de politiques d'activation.

**190.** Dans ce paragraphe, nous commençons par préciser ce que nous entendons par politiques d'activation des personnes sans emploi (a.). Nous montrons ensuite, à travers une analyse des discours politiques, que l'activation est présentée comme une réponse à l'inefficacité des systèmes passifs de sécurité sociale à contribuer à la réalisation du droit au travail, suite aux mutations de l'environnement socio-économique décrits plus hauts<sup>339</sup>(b.).

#### a. Clarification de la notion

**191.** La littérature autour du concept d'activation est très riche. L'activation peut se définir sous différents angles. On peut la concevoir comme un mode de gouvernement ou comme un programme d'actions visant à réaliser une idéologie spécifique<sup>340</sup>. Nous envisageons l'activation sous un angle plus large, comme *une tendance ou une dynamique générale de réformes à l'œuvre dans les Etats sociaux d'Amérique du Nord et d'Europe depuis le début des années 1990*<sup>341</sup>.

Les politiques actives du marché du travail, les mesures de *workfare*, les mesures visant à accroître l'employabilité des personnes sans emploi, les politiques d'accompagnement des

<sup>337</sup> Sur ces réformes, voy. : L. KENWORTHY, « Labour Market Activation », op. cit., p. 437. A l'époque, Pierre Rosanvallon a dénoncé la tentation des sociétés modernes à salarier l'exclusion (P. ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale...*, op. cit., pp. 118-121).

<sup>338</sup> L. KENWORTHY, « Labour Market Activation », op. cit., p. 436.

<sup>339</sup> Voy. n°178-182.

<sup>340</sup> Sur les différents angles de définition de l'activation, voy. J.C. BARBIER, « Analyse comparative de l'activation de la protection sociale en France, Grande-Bretagne, Allemagne et Danemark dans le cadre des lignes directrices de la stratégie européenne pour l'emploi », Rapport de recherches pour la DARES, Ministère du travail, Centre d'études de l'emploi, Janvier 2006, <http://eucenter.wisc.edu/OMC/Papers/EES/barbier.pdf>, pp. 14 et 17.

<sup>341</sup> Dans la lignée de Jean-Claude Barbier qui définit l'activation comme « a trend of reform applying to the entire social protection (or welfare) systems » (J.-C. BARBIER and M. KNUTH, « Of Similarities and Divergences: Why There Is no Continental Ideal-Type of 'Activation Reforms' », Paris, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, Centre d'économie de la Sorbonne, *CES Working Papers*, n°2010-75, 2010, p. 3). Paul Pierson considère également que l'activation est un des tendances principales de la restructuration des Etats-providence (P. PIERSON, *The New Politics of the Welfare State*, Oxford, Oxford University Press, 2001).

demandeurs d'emploi, les politiques visant à rendre le travail rémunérateur, la conditionnalisation accrue des allocations sociales,... L'ensemble de ces mesures, quel que soit leur champ d'application ou leur coloration idéologique, partagent un trait caractéristique essentiel : *elles participent de la dynamique générale d'activation. Nous entendons par là qu'elles cherchent à rapprocher les individus d'une perspective de participation au marché du travail.*

Suivant l'approche retenue, l'activation est une *notion au périmètre variable* selon que l'on précise sur qui ou sur quoi elle porte ainsi que le ou les champs politiques dans lesquels elle est mise en œuvre<sup>342</sup>.

**192.** Dans le cadre de la présente recherche, nous concentrons notre analyse sur l'activation des personnes sans emploi. Avant de préciser le périmètre de notre objet d'étude, il nous apparaît important de mettre exergue l'amplitude du phénomène de l'activation.

Tout d'abord, la logique d'activation s'applique non seulement aux chômeurs (population active inoccupée) mais également aux personnes qui ont choisi de ne pas travailler et qui ne sont donc pas indemnisées (population inactive)<sup>343</sup>. Les subventions pour la garde d'enfants, le développement d'emplois à temps partiels ou l'instauration de longs congé de maternité payés constituent des exemples de mesures d'activation qui cherchent à encourager le retour à l'emploi de jeunes mères qui se seraient volontairement retirées du marché du travail suite à la naissance de leurs enfants<sup>344</sup>.

Par ailleurs, la poursuite de l'insertion des individus sur le marché du travail ne passe pas uniquement par des actions 'activantes' sur les individus. En termes économiques, elle ne passe pas uniquement par une activation de l'offre de travail ; elle peut également résulter d'une stimulation de la demande de travail, c'est-à-dire de la quantité de travail demandée par les entreprises.

Il convient à ce propos de rappeler que l'activation a une origine sociale-démocrate et keynésienne. Originellement développées en Suède, et ce dès les années 50, les politiques actives du marché du travail visaient à proposer à chaque chômeur une formation ou une mesure appropriée en vue d'un retour à l'emploi. La Suède marquait ainsi une préférence pour l'emploi plutôt que pour une aide financière en marge du marché du travail. Pour ce faire, les politiques actives du marché du travail combinaient étroitement des mesures agissant sur l'offre de travail (programmes d'aide à la recherche d'emploi et de formation) et des mesures agissant sur la demande de travail (création directe d'emplois dans le secteur public ou subventions à l'emploi dans le secteur privé)<sup>345</sup>. La notion de politiques actives du marché du

---

<sup>342</sup> J.-C. BARBIER, « Of similarities and divergences... », *op. cit.*, p. 3

<sup>343</sup> Voy. J.-M. BONVIN, « The Rhetoric of Activation and its Effects on the Definition of the Target Groups of Social Integration Policies », in A. Serrano Pascual (dir.), *Activation Policies for Young People in International perspective*, Bruxelles, ETUI, 2002, pp. 101-126.

<sup>344</sup> A propos des mesures favorables aux familles, voy. : L. KENWORTHY, « Labour Market Activation », *op. cit.*, pp. 442-443. Sur les différentes techniques juridiques auxquelles fait appel la sécurité sociale en vue de couvrir le coût indirect des responsabilités familiales, voy. P. VIELLE, *La sécurité sociale et le coût indirect des responsabilités familiales. Une approche de genre*, *op. cit.*

<sup>345</sup> A. BERGMARK, « Prêts à travailler ? Les politiques d'activation en Suède au cours des années quatre-vingt-dix », *Revue française des affaires sociales*, n°4, 2003, pp. 274-275 ; J.-C. BARBIER, « Citoyenneté, flexibilité et

travail est reprise par l'OCDE dès 1964 (*active labour market policies*)<sup>346</sup>. L'organisation l'oppose aux politiques passives de l'emploi qui comprennent, d'une part, les systèmes d'indemnisation du chômage et, d'autre part, l'ensemble des mesures qui ont favorisé la diminution du taux de chômage (préretraite, allongement des études et ouverture des conditions d'admissibilité aux prestations d'incapacité et partage du travail). Les politiques actives expriment également la priorité à une aide octroyée pour retrouver un emploi plutôt qu'à une indemnisation passive du chômage. Si l'essentiel des mesures prônées par l'OCDE se concentre sur l'offre de travail, certaines mesures agissent sur la demande de travail. Il s'agit notamment de la création directe d'emplois, des subsides à l'emploi et des mesures de promotion des petites et moyennes entreprises.

L'activation ne touche par ailleurs pas uniquement le champ de la politique active de l'emploi. Les Etats réforment également la fiscalité et la parafiscalité sur le travail de manière à rendre le travail plus attractif pour les travailleurs peu qualifiés. L'OCDE regroupe ce type de mesures sous l'appellation de politiques visant à rendre le travail rémunérateur (*making work pay policies*)<sup>347</sup>. Dans ce domaine également, les mesures d'activation ne visent pas uniquement à agir sur l'offre de travail, et plus spécifiquement sur les travailleurs peu qualifiés, par le biais d'incitants à reprendre un emploi ou à se maintenir sur le marché du travail. Elles visent plus largement à résoudre les problèmes d'exclusion du marché du travail et de chômage de longue durée rencontrés par les personnes peu qualifiées, par une action combinée sur l'offre et sur la demande de travail. A titre exemplatif, les mesures prônées par l'OCDE sous ce label comprennent les crédits d'impôt ou la diminution des prélèvements fiscaux sur le travail peu rémunéré pour inciter les travailleurs peu qualifiés à préférer l'emploi aux prestations sociales mais également la réduction des coûts sociaux liés à l'engagement de travailleurs peu rémunérés pour encourager les employeurs à engager ce type de travailleurs.

Les auteurs ont parfois tendance à n'englober, sous le concept d'activation, que les politiques agissant sur l'offre de travail. Ce focus peut s'expliquer par le fait que les politiques d'activation menées par les Etats agissent principalement sur l'offre de travail. Pour rappel, ces politiques visent à flexibiliser l'offre de travail, de même que l'action publique menée à l'égard des personnes sans emploi, afin de mieux rencontrer les demandes du marché du travail. Il s'agit en effet de la piste privilégiée par les théories dominantes de l'économie de l'offre relayées par les principales institutions internationales<sup>348</sup>. Depuis le milieu des années 1980, les modèles explicatifs du chômage ont évolués : le chômage n'est plus imputé à un problème de demande globale (explication keynésienne du chômage) ; il est diagnostiqué

---

formes d'activation de la protection sociale en Europe/Citizenship, Flexibility and the Diversity of Approaches to Activating Social Protection in Europe », in Conseil de l'Europe, « Concilier flexibilité du travail et cohésion sociale, un défi à relever », *Tendances de la cohésion sociale* n° 15, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2005, pp. 229-230.

<sup>346</sup> <http://www.oecd.org/fr/emploi/emp/politiquesactivesdumarchedutravailletstrategiesdactivation.htm> (Site de l'OCDE).

<sup>347</sup> Voy. not. : O.C.D.E., *Perspectives de l'emploi de l'OCDE*, 2003, Chapitre 3 : Rendre le travail rémunérateur et accessible à tous, pp. 113-170 ; O.C.D.E., *Perspectives de l'emploi de l'OCDE*, 1996, Chapitre 2 : Renforcer les incitations au travail, pp. 27-64.

<sup>348</sup> J.-C. BARBIER, « Citoyenneté, flexibilité et formes d'activation de la protection sociale en Europe... », *op. cit.*, p. 229.

comme la résultante d'une rigidité excessive des marchés du travail et de la passivité inhibitrice des systèmes de sécurité sociale<sup>349</sup>.

L'OCDE a en ce sens consacré une partie toujours plus large de ses études à l'influence de la générosité des prestations sociales sur l'emploi<sup>350</sup>. En suite de quoi, elle a construit un troisième ensemble de mesures d'activation, à côté des politiques actives du marché du travail et des politiques visant à rendre le travail rémunérateur : les stratégies d'activation des bénéficiaires de prestations sociales<sup>351</sup>. Ce troisième type de réformes doit assurer la coordination effective des systèmes de prestations sociales avec les politiques actives du marché du travail et les politiques visant à rendre le travail rémunérateur. Dans un premier temps, les stratégies d'activation préconisées visent à activer les bénéficiaires de prestations de chômage par le renforcement de leur disponibilité au travail et le développement d'obligations mutuelles, impliquant des allocataires sociaux qu'ils recherchent activement un emploi et qu'ils améliorent leur employabilité en échange de leurs prestations sociales et du soutien offert par les services publics de l'emploi. Depuis 2006, l'OCDE a recommandé aux Etats, sur base d'expériences nationales jugées prometteuses, d'étendre les stratégies d'activation développées à l'égard des bénéficiaires de prestations de chômage aux bénéficiaires de prestations de non-emploi telles que les prestations liées à la maladie ou au handicap, les préretraites ou encore l'assistance sociale. L'OCDE encourage les Etats à réformer les régimes de prestations de non-emploi pour favoriser les transitions vers l'emploi. Il s'agit notamment de développer des mécanismes d'identification des personnes en mesure de réintégrer à plus ou moins long terme le marché de l'emploi, de renforcer l'obligation de disponibilité pour l'emploi ou encore de développer le principe des obligations mutuelles. Mais cela peut également passer par le durcissement des conditions d'admissibilité et d'octroi des prestations de non-emploi<sup>352</sup>.

**193.** L'observation empirique révèle que l'activation est un phénomène très large qui touche la population active inoccupée mais également la population inactive. Les mesures peuvent agir aussi bien sur l'offre que sur la demande de travail. Le phénomène se développe par ailleurs dans des champs politiques aussi variés que la sécurité sociale, la politique de

---

<sup>349</sup> J.-C. BARBIER, « Analyse comparative de l'activation de la protection sociale en France, Grande-Bretagne, Allemagne et Danemark », Rapport de recherche, Centre d'études de l'emploi, avril 2006, n°31, pp. 15-16.

<sup>350</sup> Dans la stratégie pour l'emploi de 1994, l'OCDE y consacre une recommandation : « Reform unemployment and related benefit systems - and their interaction with the tax system – such that societies' fundamental equity goals are achieved in ways that impinge far less on the efficient functioning of labour markets » (*Jobs Strategy, Pushing Ahead with the Strategy*, 1994, p. 6). En 2000 et en 2003, elle y consacre un chapitre de Perspectives de l'emploi : *Perspectives de l'emploi*, 2000, Chapitre 4 : Conditions d'attribution des indemnités de chômage, pp. 137-164 et *Perspectives de l'emploi*, 2003, Chapitre 4 : Prestations et emploi : amis ou ennemis ? Interactions entre mesures sociales actives et passives, pp. 183-257.

<sup>351</sup> O.C.D.E., *Perspectives de l'emploi*, 2005, Chapitre 4 : Programmes du marché du travail et stratégies d'activation : évaluation d'impact, pp. 193-233 ; O.C.D.E., *Perspectives de l'emploi*, 2007, Chapitre 5 : Activation des chômeurs : ce que font les pays, pp. 229-272 ; O.C.D.E., *Perspectives de l'emploi*, 2013, Chapitre 3 : Activer les demandeurs d'emploi : les enseignements à tirer de l'expérience de sept pays de l'OCDE, pp. 139-214.

<sup>352</sup> O.C.D.E., *Stimuler l'emploi et les revenus. Les leçons à tirer de la réévaluation de la stratégie de l'OCDE pour l'emploi*, 2006, pp. 11-12 et Recommandations B.4. et B.5. en p. 23. Voy. également : S. CARCILLO et D. GRUBB, « From Inactivity to Work : the Role of Active Labour Market Policies », *OECD Social, Employment and Migration Working Papers*, n°36, DELSA/ELSA/WD/SEM(2006)5, 23 octobre 2006.

l'emploi et du marché du travail ou encore la politique fiscale et parafiscale<sup>353</sup>. Dans le cadre de la présente recherche, nous nous concentrons sur les politiques d'activation *des personnes sans emploi*.

Par « personnes sans emploi », nous entendons plus précisément les personnes sans emploi qui sont pourtant en âge de travailler, aptes au travail et à la recherche d'un emploi, c'est-à-dire la population active inoccupée ou la population au chômage. Nous excluons donc de notre champ d'étude les mesures d'activation qui visent la population inactive.

Sur le plan juridique, le risque du chômage est pris en charge à travers les prestations de chômage (régime d'assurance et/ou d'assistance chômage suivant les pays). Nous ne limiterons toutefois pas notre analyse aux mesures d'activation visant les bénéficiaires de prestations de chômage. En effet, avec l'apparition du chômage de masse et de longue durée dans les années 1980, de nombreuses personnes qui ont subi le risque chômage n'ont *de facto* pas droit aux prestations de chômage, soit parce qu'elles n'ont pas pu travailler suffisamment pour ouvrir le droit aux allocations de chômage, soit parce qu'elles ont épuisé leur droit aux allocations. Sous condition de ressources, ces personnes sont à charge de l'assistance sociale. L'assistance ne vise pas la prise en charge d'un risque, d'un besoin particulier, ou d'un groupe-cible ; il s'agit d'un régime résiduaire qui offre une aide financière ou matérielle aux personnes dans le besoin<sup>354</sup>. Dans le nouveau contexte socio-économique, la prise en charge concrète du chômage se fait donc désormais à travers les systèmes d'indemnisation du chômage mais également à travers l'assistance sociale. Entrent donc dans notre périmètre d'étude les mesures d'activation des personnes sans emploi en âge de travailler et aptes au travail qui bénéficient de l'assistance sociale.

Les notions d'aptitude au travail et d'âge de travailler sont des constructions sociales et juridiques<sup>355</sup>. En fonction de la définition juridique donnée à ces notions, le périmètre de la population active inoccupée varie. Nous avons ainsi vu qu'afin de réduire les taux de chômage, certains Etats européens avaient cherché dans les années 1970 et 1980 à transférer des portions de la population des prestations de chômage vers les prestations liées à la maladie ou au handicap en élargissant la notion d'incapacité au travail, en encore vers des prestations de retraite anticipée en abaissant dans certaines conditions l'âge de travailler. Dans un mouvement à rebours, les Etats inversent aujourd'hui le mouvement. Certains Etats ont ainsi supprimé des prestations de préretraite, augmenté l'âge requis pour bénéficier d'une dispense à l'obligation de disponibilité pour l'emploi en matière de prestations de chômage ou encore durci les conditions d'octroi des prestations d'invalidité ou les modalités d'évaluation de l'aptitude au travail. On assiste également à une multiplication des obligations liées à l'objectif de réinsertion sur le marché du travail (formation, réadaptation professionnelle,...).

---

<sup>353</sup> J.-C. BARBIER, « Peut-on parler d'« activation » de la protection sociale en Europe ? », *op. cit.*, p. 313 ; du même auteur, « Citoyenneté, flexibilité et formes d'activation de la protection sociale en Europe/Citizenship, Flexibility and the Diversity of Approaches to Activating Social Protection in Europe », *op. cit.*, p. 232.

<sup>354</sup> T. BALHLE, M. PFEIFER et C. WENDT, « Social Assistance », in F. G. Castles, *The Oxford Handbook...*, *op. cit.*, p. 449.

<sup>355</sup> A propos de la construction sociale de l'incapacité au travail, voy. J. M. BONVIN et E. MOACHON, « L'activation et son potentiel de subversion de l'Etat social », in P. Vielle, P. Pochet et I. Cassiers, *L'Etat social actif. Vers un changement de paradigme ?*, *op. cit.*, pp. 67-68.

En touchant à la définition de l'aptitude au travail et de l'âge de travailler, les Etats dressent le périmètre de la population active, autrement dit l'ensemble des personnes qui ont le devoir de travailler et, réciproquement, à l'égard desquelles l'Etat a l'obligation d'assurer la possibilité d'obtenir un emploi. Nous n'abordons pas cette question dans la thèse. En aval de la question de la définition juridique de la population active par les Etats, la présente recherche se concentre sur la question de la réalisation du droit au travail à l'égard de la population active telle qu'elle a été définie par les Etats, et plus particulièrement sur la question de l'arbitrage effectué par les Etats entre le droit et le devoir de travailler des personnes sans emploi, c'est-à-dire de la population active inoccupée. Dans notre étude, nous n'englobons donc ni les mesures d'activation qui élargissent le périmètre de la population active (exemples : suppression de prestations de préretraite ou durcissement de l'évaluation de l'aptitude au travail), ni les mesures qui visent à activer la population inactive (exemples : obligations de formation ou de réadaptation professionnelle à l'égard des bénéficiaires de prestations de non-emploi).

**194.** A partir du moment où les mesures visent à favoriser la transition des personnes sans emploi des prestations de chômage ou de l'assistance sociale vers le marché du travail, la recherche ne pose pas de limites quant à l'objet des mesures ou quant au champ politique dans lequel elles sont mises en œuvre. Entrent dans le périmètre d'études les mesures d'activation des personnes sans emploi mises en œuvre dans le domaine de la politique active de l'emploi, de la sécurité sociale et de la politique fiscale, qu'elles tendent à augmenter les transitions vers l'emploi par une action sur la demande ou sur l'offre de travail.

Très concrètement, en matière de sécurité sociale, nous incluons dans notre étude deux types de mesures. Il s'agit, premièrement, des mesures qui renforcent les obligations liées au travail. Nous pensons notamment aux réformes qui amplifient la portée de l'obligation de disponibilité pour le marché du travail : dans certains Etats, la notion d'emploi convenable a été progressivement élargie ; dans d'autres, le droit de refuser un emploi non-convenable a été remplacé par l'obligation d'accepter toute offre raisonnable d'emploi ou tout emploi généralement accepté. Nous pensons également aux réformes qui conditionnent l'octroi des prestations à des obligations accrues de recherche active d'emploi, voire à la participation obligatoire à des programmes de travail. Il s'agit, deuxièmement, des réformes qui opèrent une diminution de la durée ou du montant des prestations ou un resserrement des conditions d'ouverture ou d'attribution des prestations<sup>356</sup>.

Nous avons par ailleurs égard aux mesures d'activation qui visent les bénéficiaires de prestations de chômage ou de l'assistance sociale sans être mises en œuvre dans les réglementations de sécurité sociale. Nous visons, d'une part, les politiques actives du marché du travail ainsi que les mesures qui développent les services sociaux offerts aux chômeurs. Nous visons, d'autre part, les réformes fiscales qui incitent les chômeurs à chercher un emploi, telles que l'introduction de crédit d'impôt sur les bas revenus ou de bonus fiscal à l'emploi.

---

<sup>356</sup> Pour des illustrations de chacun de ces types de réformes par des exemples nationaux, voy., *infra*, n°210-236.



# Encadré 17 - Classification des mesures d'activation

Champs politiques Destinataires	Politique active de l'emploi	Sécurité sociale	Politique fiscale
Population active inoccupée	<p><i>Mesures actives du marché du travail</i></p> <p><u>Action sur l'offre de travail :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Assistance à la recherche d'emploi et placement</li> <li>– Orientation et formation professionnelles</li> <li>– Stages professionnels</li> </ul> <p><u>Action sur la demande de travail :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Création directe d'emplois dans le secteur public</li> <li>– Subventions à l'emploi dans le secteur privé</li> <li>– Promotion des petites et moyennes entreprises</li> <li>– Mécanismes d'aide au travail indépendant et autonome</li> </ul> <p><u>Services sociaux (action sur l'offre de travail uniquement)</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Suivi et support personnalisé</li> <li>- Assistance psychologique et sociale</li> <li>- Systèmes de gardes d'enfants,...</li> </ul>	<p><u>Dans les systèmes de prestations de chômage et l'assistance sociale (action sur l'offre de travail uniquement) :</u></p> <p><i>Renforcement des obligations liées au travail</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Renforcement de l'obligation de disponibilité pour l'emploi (élargissement ou suppression de la notion d'emploi convenable, obligations accrues en matière de recherche active d'emploi, ...)</li> <li>- Participation obligatoire à une mesure active du marché du travail</li> <li>- Subordination de l'octroi des prestations à l'accomplissement de prestations de travail non-rémunérées</li> </ul> <p><i>Diminution de la hauteur des prestations ou de leur durée d'octroi</i></p>	<p><u>Action sur l'offre de travail :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Crédits d'impôt</li> <li>– Réductions de cotisations sociales personnelles,</li> <li>– Bonus fiscaux à l'emploi,...</li> </ul> <p><u>Action sur la demande de travail :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Réductions de cotisations sociales patronales</li> </ul>
Population inactive	Idem	<p><u>Dans les prestations de non-emploi :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Renforcement des obligations liées à la réinsertion professionnelle</li> <li>– Diminution de la hauteur des prestations ou de leur durée d'octroi</li> </ul>	Idem

■ Objet d'étude : les mesures d'activation des personnes sans emploi

**195.** De manière générale, nous avons défini l'activation comme une dynamique de réformes à l'œuvre dans les pays industrialisés visant à rapprocher les individus de la perspective d'une participation au marché du travail. Plus spécifiquement, les réformes tendant à l'activation des personnes sans emploi, et relevant donc de notre champ d'étude, visent à favoriser les transitions des personnes sans emploi de la sécurité sociale vers le marché de l'emploi.

Pour terminer, nous relevons, à l'appui du tableau récapitulatif, que la dynamique d'activation des personnes sans emploi dépasse les distinctions et catégories intellectuelles du modèle réformiste de réalisation du droit au travail<sup>429</sup>. Tout d'abord, elle brouille la distinction entre sécurité sociale et politiques de l'emploi, en faisant de la sécurité sociale un outil de promotion du retour à l'emploi. Plusieurs Etats ont d'ailleurs opéré une fusion entre le service public de l'emploi et l'administration de la sécurité sociale. Par ailleurs, l'activation des personnes sans emploi dépasse la distinction classique entre indemnisation du chômage et assistance sociale. Suivant la distinction classique, l'indemnisation du chômage est la branche de la sécurité sociale visant à la prise en charge spécifique du risque du chômage involontaire alors que l'assistance sociale constitue le dernier filet de sécurité accordé sous conditions de besoin. Concrètement, après les Trente Glorieuses, avec l'apparition du chômage de masse et de longue durée, la prise en charge concrète du chômage involontaire ne se fait plus uniquement au travers des prestations de chômage mais également via l'assistance sociale. L'assistance sociale concernant de plus en plus de personnes aptes au travail, elle est dès lors traversée par la même logique d'activation que les systèmes d'indemnisation du chômage.

#### b. La promotion de l'emploi au nom de la cohésion sociale et de l'épanouissement individuel

**196.** Les réformes visant à activer les personnes sans emploi sont présentées par les dirigeants politiques comme une réponse à la crise du soutien social à laquelle font face les Etats-providence d'après-guerre<sup>430</sup>. Dans la littérature relative aux transformations de l'Etat social, il est souvent considéré que les réformes opèrent un changement radical de cap par rapport au modèle de l'Etat-providence d'après-guerre. Alors que ce dernier visait à décommodifier les individus, les réformes actuelles procéderaient à une re Commodification des individus<sup>431</sup>. Si

---

<sup>429</sup> Jean-Claude Barbier et Matthias Knuth relèvent que l'activation des personnes sans emploi traverse les différents secteurs de la protection sociale et des champs politiques traditionnels variés (« Of Similarities and Divergences : Why There is no Continental Ideal-type of 'Activation Reforms' ? », Centre d'Economie de la Sorbonne Working Papers, n°75, 2010, p. 2 ; voy. également : J.-C. BARBIER, « Peut-on parler d'« activation » de la protection sociale en Europe ? », *op. cit.*, p. 307 ; T. BERTHET et C. BOURGEOIS, « Towards 'Activation-Friendly' Integration ? Assessing the Progress of Activation Policies in Six European Countries », *International Journal of Social Welfare*, 2014, pp. 23-39.

<sup>430</sup> W. EICHHORST, O. KAUFMANN et R. KONLE-SEIDL (dir.), *Bringing the Jobless into Work? Experiences with Activation Schemes in Europe and the US*, Berlin/Heidelberg, Springer-Verlag, 2008 ; A. SERRANO PASCUAL et L. MAGNUSSON (dir.), *Reshaping Welfare States and Activation Regimes in Europe*, Brussels, P.I.E.-Peter Lang, 2007 ; I. LODEMEL, I. et H. TRICKEY (dir.), *An Offer You Can't Refuse: Workfare in International Perspective*, Bristol, The Policy Press, 2000.

<sup>431</sup> Voy. not. : L. KENWORTHY, « Labour Market Activation », in F. G. Castles and al., *The Oxford Handbook of the Welfare State*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 446 ; F.-X. MERRIEN, « Etats-providence en devenir. Une relecture critique des recherches récentes », *op. cit.*, p. 232 ; A. SERRANO PASCUAL, « Reshaping Welfare States : Activation Regimes in Europe », in A. Serrano Pascual et L. Magnusson, *Reshaping Welfare*

l'on adopte une perspective large du phénomène de l'activation comme nous l'avons fait, cette affirmation doit être nuancée. Suivant la définition retenue, l'activation des personnes sans emploi englobe l'ensemble des politiques et des mesures qui vise à promouvoir l'accès au travail des personnes sans emploi. La poursuite de cet objectif ne passe pas nécessairement par la reconditionnement des individus, c'est-à-dire par la suppression des mécanismes qui limitent la dépendance économique des individus aux forces du marché du travail. Seules les variantes libérales de l'activation prônent la reconditionnement des individus ou la diminution du degré de déconditionnement assuré par les Etats-providence en vue de promouvoir l'emploi. Le fait d'opposer l'objectif de promotion de l'emploi (poursuivi par les politiques d'activation) à la logique de déconditionnement procède d'une vision libérale classique de la réalisation du droit au travail, suivant laquelle la promotion de l'emploi passe nécessairement par la suppression des mécanismes qui entravent le libre jeu du marché du travail, dont les systèmes d'indemnisation du chômage.

En fonction de la représentation sociale des causes du chômage qui les animent et des affiliations politiques et idéologiques, les politiques d'activation peuvent emprunter d'autres voies en vue de promouvoir l'emploi. Dans le paragraphe suivant, nous systématiserons ces différentes voies. Elles n'opposent pas nécessairement l'objectif de promotion de l'emploi à la logique de déconditionnement. Nous avons ainsi vu, dans le paragraphe précédent, que les Etats-providence scandinaves développaient déjà des politiques d'activation des personnes sans emploi pour promouvoir l'emploi dans les années 1970 et 1980, tout en garantissant aux individus un haut degré de déconditionnement<sup>432</sup>. Dans ces pays, l'activation des personnes sans emploi ne passait pas par un renforcement de la contrainte économique au travail (reconditionnement) mais par le développement de droit et/ou de services liés au travail (aide au reclassement, formations, créations directes d'emplois dans le secteur public et subsides à l'emploi aux employeurs privés).

On rappellera par ailleurs que l'ensemble des Etats-providence, quel que soit l'idéal-type auquel ils se rattachent, ont toujours cherché à réaliser le plein emploi, notamment à travers le développement de politiques keynésiennes, la mise en place de services de l'emploi ou via la subordination de l'octroi des prestations de chômage à l'obligation de rechercher un emploi. Dans le modèle réformiste d'après-guerre de réalisation du droit au travail, la promotion de l'emploi et la déconditionnement n'étaient pas conçus comme des objectifs contradictoires mais comme des objectifs complémentaires visant à la réalisation du droit au travail. Il demeure que ces objectifs peuvent entrer en tension, et ce pour deux raisons : d'une part, nous l'avons vu, la reconditionnement constitue une des voies envisageables en vue de promouvoir

---

*States : Activation Regimes in Europe*, op. cit., pp. 19-23 ; R. CLAYTON et J. PONTUSSON, « Welfare State Retrenchment Revisited. Entitlement Cuts, Public Sector Restructuring and Inegalitarian Trends in Advanced Capitalist Societies », *World Politics*, Vol. 51, n°1, 1998, pp. 67-98. On citera encore W. EICHHORST, O. KAUFMANN, O. et R. KONLE-SEIDL suivant lesquels « the core element of activation is the removal of options for labour market exit and unconditional benefit receipt by members of the working age population » (*Bringing the Jobless into Work? Experiences with Activation Schemes in Europe and the US*, op. cit., 2008, p. 5).

<sup>432</sup> Voy. également : J. KVIST, « Les stratégies scandinaves d'activation dans les années quatre-vingt-dix : vers un remaniement du concept de citoyenneté sociale et du modèle social scandinave », *Revue française des affaires sociales*, n°4, 2003, pp. 193-222).

l'emploi et, d'autre part, au-delà d'un certain degré, la décommodification semble avoir un impact négatif sur l'emploi<sup>433</sup>.

**197.** Le discours de l'activation des personnes sans emploi n'est pas nécessairement un discours de rupture par rapport au modèle de l'Etat-providence. La promotion de l'emploi ne doit pas nécessairement emprunter la voie de la re Commodification des individus, à rebours du chemin parcouru par la mise en place des systèmes d'indemnisation du chômage. Suivant notre grille de lecture, l'activation des personnes sans emploi participe de la même quête que l'Etat-providence : la poursuite de la réalisation du droit au travail. En se centrant sur les transitions du chômage vers l'emploi, l'activation des personnes sans emploi cherche à répondre à la crise d'efficacité rencontrée par l'Etat-providence dans la réalisation du droit au travail.

**198.** En ligne de fond des discours académiques et politiques prônant ces réformes, on retrouve d'ailleurs le postulat fort de la centralité du travail. Dans le nouveau contexte socio-économique, les Etats ne peuvent pas se limiter à assurer l'autonomie financière des individus en marge du marché du travail ; ils doivent promouvoir leur retour à l'emploi. Il en va du maintien de la cohésion sociale, laquelle dépend, juge-t-on, de la participation la plus large possible de la population au marché du travail. Il en va aussi des perspectives d'autoréalisation et d'épanouissement personnel des victimes du sous-emploi, dans la mesure où si le versement d'allocations sociales leur permet d'assurer leur subsistance, il ne présente par contre pas les vertus habituellement prêtées au travail. Dans les discours justifiant les réformes, ce sont donc les fonctions traditionnelles reconnues au travail qui sont mobilisées.

Nous avons vu dans le premier chapitre que la fonction sociale du travail est intimement liée à sa fonction économique : la cohésion sociale réalisée par la participation de tous au marché du travail ne résulte pas uniquement de l'interdépendance mutuelle et des engagements réciproques que le travail implique ; elle provient également de l'augmentation des richesses qu'il permet et qui doit favoriser la pacification des relations. Dans cette logique, l'activation des personnes sans emploi ne promeut pas n'importe quel travail ; elle vise plus précisément la réinsertion sur le marché de l'emploi dans un travail productif et rémunéré<sup>434</sup>. Il est vrai que certaines mesures d'activation prennent la forme d'un travail non-rémunéré ou non-productif ; on pense notamment aux expériences professionnelles non-rémunérées offertes aux chômeurs ou encore aux prestations d'intérêt général qu'ils sont contraints d'accomplir pour continuer à percevoir leurs allocations. Les discours de leurs instigateurs permettent toutefois de mettre en évidence que ces mesures sont conçues comme des étapes qui doivent accroître à terme les perspectives de réinsertion des chômeurs dans un emploi productif et rémunéré.

\*\*\*

---

<sup>433</sup> J. HUO, M. NELSON et J. D. STEPHENS, « Decommodification and Activation in Social Democratic Policy... », *op. cit.*, pp. 5-20.

<sup>434</sup> A ce sujet, voy. également : R. HOOP, « Political-Philosophical Perspectives on the Duty to Work », *op. cit.*, pp. 50-52.

**199.** Dans cette première section, nous avons abordé les questions classiques de la crise de l'Etat-providence et du développement des politiques d'activation des personnes sans emploi. De manière récurrente, la littérature présente l'activation des personnes sans emploi comme procédant d'un reniement de l'objectif de décommodification poursuivi par les Etats-providence au profit d'un objectif contraire de recommodification. En marge de la narration de la rupture, nous avons proposé une autre lecture du passage de l'indemnisation passive à l'activation des personnes sans emploi : la construction des Etats-providence décommodifiants et les réformes qui visent à activer les personnes sans emploi participent d'une même quête, la réalisation du droit au travail, jugé essentiel afin d'assurer la cohésion sociale et l'épanouissement des individus.

Dans le premier chapitre, nous avons mis en évidence que l'action décommodifiante des systèmes d'indemnisation du chômage était un élément central de la voie réformiste de réalisation du droit au travail. C'est à la lumière de cet enjeu que la crise de légitimité sociale des systèmes d'indemnisation du chômage peut être comprise. Dans le nouveau contexte socio-économique, le modèle de l'Etat-providence apparaît inefficace. La liberté de choisir son emploi est réduite au rang de liberté formelle. L'activation des personnes sans emploi vise à répondre à cette crise en augmentant les transitions vers l'emploi des bénéficiaires de prestations sociales. Pour promouvoir l'emploi, les politiques d'activation ne passent pas nécessairement par une recommodification des individus, ou un démantèlement des Etats-providence. L'activation peut viser à resserrer les liens entre la sécurité sociale et l'emploi, tout en veillant à protéger l'autonomie des personnes sans emploi par rapport aux forces du marché.

## **Section 2. Des déclinaisons multiples qui traduisent des arbitrages variés entre le droit et le devoir de travailler**

**200.** Dans la première section, nous avons mis en évidence que la dynamique d'activation des personnes sans emploi qui traverse les pays industrialisés depuis le début des années 1990 procède de la préoccupation commune de répondre à l'inefficacité du modèle réformiste d'après-guerre à réaliser le droit au travail. Au-delà de la volonté partagée de se recentrer sur le droit au travail, se développent différentes manières de concrétiser l'activation en fonction des affiliations politiques et idéologiques. Dans cette section, nous montrons que ces différentes variantes de l'activation correspondent à un renouvellement progressif des conceptions du droit au travail et réalisent des arbitrages juridiques variés entre le droit et le devoir de travailler des personnes sans emploi.

**201.** De nombreux auteurs ont relevé que les réformes placées sous la bannière de l'activation des allocataires sociaux prennent des formes variées. Nous commençons par exposer les principaux essais de typologies (§1). Nous développons ensuite une catégorisation originale des différentes dimensions de l'activation, à partir des différentes voies qu'empruntent les réformes en vue de réaliser le droit au travail (§2).

**202.** Dans cette section, nous mettons à jour les postulats normatifs et les théories économiques qui fondent les différentes variantes de l'activation mais nous ne nous prononçons pas sur l'efficacité concrète de ces dernières dans la poursuite de la réalisation du droit au travail. Nous référons toutefois aux analyses d'efficacité menées par les économistes<sup>435</sup> lorsque nous évoquons les critiques élaborées à l'encontre des postulats théoriques ou des modèles économiques qui animent chacune des variantes de l'activation. Il est important de préciser qu'à ce stade, il existe encore très peu d'analyses d'envergure permettant de se prononcer sur l'efficacité des mesures d'activation<sup>436</sup>. De telles études sont confrontées à des défis méthodologiques nombreux. Il semble tout d'abord assez difficile d'isoler l'impact des mesures d'activation sur l'emploi du reste du contexte économique<sup>437</sup>. Il faut par ailleurs pouvoir comparer le taux de retour à l'emploi des participants avec le taux de retour à l'emploi de non-participants qui appartiennent à la même catégorie de population. Enfin, les effets de déplacement doivent être pris en considération<sup>438</sup>. On relèvera pour terminer que les résultats d'études menées dans un pays sont difficilement transposables à d'autres pays, vu les différences de contexte économique et institutionnel.

### ***§1. Les différentes variantes de l'activation des personnes sans emploi : aperçu de la littérature***

**203.** Dans ce paragraphe, est dressé un panorama des typologies de l'activation esquissées dans la littérature depuis la fin des années 1990 (a.). Est ensuite abordée la question de la convergence vers un modèle unique d'activation, laquelle occupe une place de plus en plus importante dans les contributions scientifiques sur le sujet (b.).

#### **a. Les classifications idéal-typiques des politiques d'activation**

**204.** Il n'est pas chose aisée d'établir une classification des modèles d'activation, vu la grande diversité des mesures d'activation d'une part et les importantes différences nationales des substrats dans lesquelles elles s'opérationnalisent, que ce soit les systèmes de sécurité sociale,

---

<sup>435</sup> Lorsque les économistes évaluent l'efficacité des mesures d'activation, ils vérifient généralement si elles augmentent les transitions de la protection sociale vers des emplois classiques (A. MOLANDER et G. TORSVIK, « Getting people into work : what (if anything) can justify mandatory activation of welfare recipients ? », CESinfo Working Paper n°4317, 2013).

<sup>436</sup> Pour un aperçu de la littérature économique empirique procédant à des études d'impact des mesures d'activation, voy. J.-P. MARTIN et D. GRUBB, « What Works among Active Labour Market Policies : Evidence from OECD Countries' Experiences », *Swedish Economic Policy Review*, Vol. 8, n°2, 2001, pp. 9-56 ; D. CARD, J. KLUVE et A. WEBER, « Active Labour Market Policy Evaluations : a Meta-Analysis », *The Economic Journal*, Vol. 120, n°548, pp. 452-477 ; J.-P. MARTIN, « Activation and Active Labour Market Policies in OECD Countries : Stylized Facts and Evidence on their Effectiveness », *UCD Geary Institute Discussion Paper*, Vol. 9, 2014.

<sup>437</sup> L. KENWORTHY, « Labour Market Activation », *op. cit.*, p. 445.

<sup>438</sup> Sur ces difficultés, voy. : J. J. HECKMAN et al., « The Economics and Econometrics of Active Labor Market Programs », *Handbook of Labour Economics*, Vol. 3, 1999, pp. 1865-2097.

les politiques de l'emploi ou encore la fiscalité du travail. Dans le champ de la recherche comparée des politiques sociales, plusieurs auteurs se sont pourtant essayés, dès la fin des années 1990, à la formalisation de modèles de l'activation à partir de l'observation des multiples réformes opérées dans les pays industrialisés. La plupart de ces modèles font écho à la fameuse typologie des régimes d'Etats-providence proposée par Esping-Andersen.

**205.** La difficulté à réaliser des typologies réside dans l'identification des dimensions sur base desquelles opérer le regroupement des Etats. Dans les premiers essais de typologie, les dimensions sont choisies sur des bases théoriques et confirmées par l'observation générale des réformes adoptées dans les pays industrialisés. Au fur et à mesure que les données sont disponibles, les modèles sont généralement corrigés ou affinés au moyen de techniques empiriques telles que l'analyse factorielle et l'analyse de regroupements. Cette étape ne semble pas encore avoir été franchie en ce qui concerne la modélisation des types d'activation<sup>439</sup>.

**206.** Les différentes typologies que nous présentons proposent des modèles idéal-typiques de l'activation. Les Etats ne peuvent être entièrement assimilés à l'une ou l'autre des variantes de l'activation. Ils combinent de façon singulière les traits des différents idéaux, s'approchant plus ou moins de chacun des différents modèles<sup>440</sup>. La majeure partie de la littérature identifie deux régimes d'activation. Heikkilä oppose l'approche « punitive » à l'approche « libérale » (au sens de progressiste) de l'activation. La première passe par la limitation de l'accès, de la durée ainsi que du niveau des prestations. La seconde mise sur l'amélioration de l'employabilité des chômeurs par le développement des opportunités de formation, de mobilité et d'expérience professionnelle. Elle comporte toutefois également une dimension de contrainte puisque l'octroi des prestations est souvent conditionné à l'accomplissement de ces mesures d'activation<sup>441</sup>. Lødemel et Trickey distinguent pour leur part une première approche qui met l'accent sur le retour rapide au marché du travail (« *work first* » approach) essentiellement à l'œuvre dans les pays anglo-saxons et une seconde approche caractéristique des pays scandinaves qui vise à développer le capital humain (« *human resources development* » approach)<sup>442</sup>.

Dans cette perspective dualiste, Barbier modélise deux régimes d'activation en Europe : le régime libéral et le régime universel<sup>443</sup>. Si aucun cas national ne peut être entièrement assimilé à un régime, le Royaume-Uni se rapprocherait du régime libéral alors que le Danemark ou la Norvège épouserait de nombreux traits caractéristiques du modèle universel. Ces deux régimes d'activation perpétuent des spécificités constitutives des régimes libéral et universel identifiés par Esping-Andersen. Le modèle libéral d'activation repose sur l'idée centrale que le marché du travail produit les résultats les meilleurs en termes d'efficacité et d'équité. Les politiques d'activation visent à éviter que les chômeurs s'installent dans la

<sup>439</sup> Sur cette considération, voy. : L. KENWORTHY, « Labour Market Activation », *op. cit.*, p. 444.

<sup>440</sup> J.-C. BARBIER, « Citoyenneté, flexibilité et formes d'activation de la protection sociale en Europe/Citizenship, Flexibility and the Diversity of Approaches to Activating Social Protection in Europe », *op. cit.*, p. 233.

<sup>441</sup> M. HEIKKILÄ, « In summary », in M. Heikkilä, *Linking Welfare and Work*, Dublin, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 1999, pp. 87-91.

<sup>442</sup> I. LØDEMEI et H. TRICKEY, *An Offer You Can't Refuse...*, *op. cit.*

<sup>443</sup> J.-C. BARBIER, « Peut-on parler d'activation de la protection sociale en Europe ? », *op. cit.*, pp. 314-318.

culture de la dépendance en les incitant à travailler. Les prestations sociales déjà peu généreuses des Etats-providence de type libéral sont conditionnées à l'accomplissement d'obligations liées travail. Dans un contexte d'accroissement des emplois faiblement rémunérés, une large place est faite aux crédits d'impôt et aux *in work benefits*. Les politiques actives du marché du travail y occupent une place marginale. À l'inverse, le régime universel relativise le marché. Aux prestations sociales généreuses, les Etats adjoignent des politiques actives du marché du travail en faveur des chômeurs. De leur côté, les bénéficiaires de prestations sociales ont souvent le devoir de participer à ces mesures d'activation. A la logique disciplinante du régime libéral, le régime universel préfère une approche réciproque de l'activation qui repose sur l'engagement mutuel de l'Etat et des individus en faveur de l'insertion dans l'emploi. Les politiques visant à rendre le travail rémunérateur jouent un rôle marginal dans ce modèle.

Barbier observe que les pays du régime continental d'Esping-Andersen ne manifestent aucun modèle cohérent d'activation et exclut dès lors la construction d'un troisième modèle pour ce régime d'Etat-providence<sup>444</sup>.

**207.** En marge de ces modèles binaires, Van Berkel et Hanneman identifient trois dimensions essentielles de l'activation. Ces différentes dimensions seraient présentes dans toutes les stratégies nationales d'activation mais selon des poids variés. Premièrement, la hauteur des prestations elles-mêmes est considérée comme un vecteur d'activation des individus. La faiblesse des prestations sociales est le principal trait des politiques d'activation anglo-saxonnes (*welfare-to-work policies*). Deuxièmement, les politiques d'activation se fondent sur un principe d'équilibre entre les droits et les devoirs. Ainsi, dans les pays continentaux, l'octroi de prestations sociales généreuses est contrebalancé par l'imposition d'obligations strictes de recherche d'emploi et de travail (*paternalistic activation approach*). Enfin, les politiques actives permettent d'équiper les individus des compétences et des qualifications nécessaires pour trouver un emploi et s'intégrer socialement. Cette dimension de l'activation est centrale en Scandinavie (*active citizenship approach*).

On citera aussi les travaux de Serrano Pascual qui propose quant à lui une classification des régimes d'activation en se concentrant sur deux aspects : la manière dont ils gèrent les individus (action moralisatrice ou thérapeutique sur le comportement des personnes sans emploi v. action sur les compétences des personnes sans emploi en vue d'un ajustement aux demandes du marché du travail) et la balance opérée entre les droits et les devoirs des personnes sans emploi (focus sur les devoirs des individus, droits et devoirs développés, droits et devoirs limités). A partir des différentes possibilités, elle identifie cinq régimes idéaltypiques d'activation. Il s'agit du régime du tremplin économique, basé sur des incitants au travail et des éléments coercitifs et adéquatement représenté par le Royaume-Uni, du régime du contractualisme civique qu'elle lie aux Pays-Bas fortement attaché à la figure du contrat, du régime des citoyens autonomes qui passe par le développement de mesures actives visant à soutenir les individus dans leur retour à l'emploi dont la Suède peut être le pays

---

<sup>444</sup> J.-C. BARBIER, « Peut-on parler d'activation de la protection sociale en Europe ? », *op. cit.*, pp. 314-318 ; J.-C. BARBIER, « L'activation de la protection sociale, existe-t-il un modèle français ? », in A.-M. Guillemard (dir.), *Où va la protection sociale ?*, Paris, PUF, 2008, pp. 165-182.



emblématique, le régime du dispositif fragmenté qui comprend les Etats où le système de prestations sociales est peu développé et où, en conséquence, les obligations sont limitées ou, en tout cas, peu contrôlées, et enfin le régime minimaliste disciplinaire qui caractérise les Etats-providence peu généreux qui développent toutefois une action disciplinante à l'égard des bénéficiaires. Sans qu'aucun Etat ne soit véritablement représentatif de ce régime, le Portugal et la République tchèque seraient les pays qui s'en rapprocheraient le plus<sup>445</sup>.

## b. La question de la convergence des politiques nationales d'activation

**208.** La littérature aborde de manière récurrente la question de la convergence des politiques nationales d'activation<sup>446</sup>. Un premier courant considère que les politiques nationales d'activation convergent en faveur du modèle libéral<sup>447</sup>. Handler estime que le développement de politiques d'activation en Europe procède d'une importation du modèle américain et des recettes néo-libérales<sup>448</sup>. Au-delà de l'identification de différents modèles idéal-typiques d'activation en Europe, Serrano Pascual observe des tendances similaires de réformes en matière de sécurité sociale : le renforcement du contrôle de la disponibilité pour l'emploi, la diminution de la durée d'octroi des prestations, l'augmentation du recours aux sanctions, l'élargissement de la définition des emplois convenables et l'expansion des groupes des personnes sujettes à l'activation<sup>449</sup>. L'ensemble de ces réformes participent d'un démantèlement de l'Etat-providence, dans la logique libérale du welfare-to-work. D'autres auteurs insistent sur le fait que la convergence se situerait essentiellement au niveau des discours. Au niveau des réformes concrètes, ils observent certes des tendances similaires mais ils insistent sur le fait que le contenu des réformes demeure varié et que les différences persistent en fonction des types d'Etats-providence notamment (hypothèse de la *path dependency*)<sup>450</sup>.

Un pan important de la littérature comparative des Etats-providence est consacré à l'étude de l'influence du processus de construction de l'Union européenne sur la diffusion de la logique d'activation et sur les réformes concrètes à privilégier. Selon une partie de la littérature, les

---

<sup>445</sup> A. SERRANO PASCUAL, « Activation Regimes in Europe : A Clustering Exercise », in A. Serrano Pascual et L. Magnusson (dir.), *Reshaping Welfare States and Activation Regimes in Europe*, Peter Lang, Bruxelles, 2007.

<sup>446</sup> A propos des questions méthodologiques liées à l'analyse de la convergence des politiques sociales, voy. H. OBINGER, C. SCHMITT et P. STARKE, « Policy Diffusion and Policy Transfer in Comparative Welfare State Research », *Social Policy and Administration*, Vol. 47, n°1, 2013, pp. 111-129.

<sup>447</sup> En ce sens, voy. le récent ouvrage dirigé par Ivar Lodemel et Amilcar Moreira (*Activation or Workfare ? Governance and the Neo-Liberal Convergence*, Oxford, Oxford University Press, 2014).

<sup>448</sup> J. HANDLER, « Social Citizenship and Workfare in the US and Western Europe : from Status to Contract », *Journal of European Social Policy*, Vol. 13, n°3, 2003, pp. 229-243. Voy. également, en ce sens : D. FINN, « Welfare to Work : the Local Dimension », *Journal of European Social Policy*, Vol. 10, n°1, 1999, pp. 43-57 ; B. JESSOP, *The Future of the Capitalist State*, Cambridge, Polity Press, 2002 ; J.-M. FERRY, « Crise et critique de l'Etat social », *Revue belge de sécurité sociale*, Vol. 49, n°2, 2007, pp. 264 et 272 ; R. CLAYTON et J. PONTUSSON, « Welfare State Retrenchment Revisited... », *op. cit.*, pp. 67-98.

<sup>449</sup> A. SERRANO PASCUAL, « Reshaping Welfare States : Activation Regimes in Europe », *op. cit.*, p. 13.

<sup>450</sup> Voy. not. : G. ESPING-ANDERSEN, *Welfare States in Transition : National Adaptations in Global Economies*, Londres, Sage Publications, 1996 ; P. PIERSON (dir.), *The New Politics of the Welfare State*, Oxford, Oxford University Press, 2001, London, Sage, 1996.

initiatives européennes telles que la méthode ouverte de coordination participent à la diffusion du modèle libéral d'activation. D'autres auteurs, souscrivant à l'hypothèse de la *path dependency*, insistent toutefois sur la persistance d'une grande variété de réformes dans les différents pays de l'Union européenne<sup>451</sup>. Selon une hypothèse affinée, l'européanisation agirait essentiellement au niveau de la construction d'un cadre cognitif commun. On assisterait à la diffusion de la représentation libérale des causes du chômage et des problèmes sociaux. Si une grande variété est toujours observée au niveau du contenu des réformes, cette action au niveau du cadre cognitif engendrerait progressivement une réduction des options politiques possibles dans la concrétisation de l'activation des personnes sans emploi, à la faveur du modèle libéral<sup>452</sup>.

**209.** Plus récemment, un second courant avance une autre hypothèse : on n'assisterait pas au couronnement du modèle libéral mais à une hybridation croissante des deux modèles polaires de l'activation – le libéral et l'universel. Les données empiriques récentes ne confirment pas le regroupement de pays autour de modèles idéal-typiques. Les pays industrialisés semblent combiner suivant des échelles variées les différents traits de l'activation, sans qu'aucun cluster d'Etats autour de modèles idéal-typiques ne puisse être effectué<sup>453</sup>. Dans une étude consacrée aux pays scandinaves, Johansson et Hvinden montrent ainsi que ces pays ne forment aucunement un modèle homogène. Les politiques d'activation au Danemark, en Finlande, en Norvège et en Suède combinent de diverses manières des éléments axés sur le renforcement des capacités des individus (par exemple des mesures de formation ou de stages en emploi) et des éléments axés sur le renforcement des incitations (par exemple, les subventions à l'emploi, les crédits d'impôt ou encore la diminution des prestations)<sup>454</sup>. Dans le même sens, Dingeldey<sup>455</sup> ainsi qu'Eichhorst et Konle-Seidl<sup>456</sup> soutiennent que les politiques de *workfare*, dites contraignantes, et les politiques de développement du capital humain, dites

<sup>451</sup> Voy. not. : J.-M. BONVIN et N. BURNAY, « Le tournant procédural des politiques de l'emploi : des situations nationales contrastées », *Recherches sociologiques*, Vol. 31, n°2, 2000, pp. 5-27 ; J.-C. BARBIER, « Peut-on parler d'activation de la protection sociale en Europe ? », *op. cit.* ; P. DUFOUR, G. BOISMENU et A. NOËL, *L'aide au conditionnel...*, *op. cit.* ; A. SERRANO PASCUAL, *Are Activation Policies Converging in Europe ? The European Employment Strategy for Young People*, ETUI, Bruxelles, 2004 ; R. BOYER, « Changement d'époque...mais diversité persistante des systèmes de protection sociale », in P. Vielle, P. Pochet et I. Cassiers (dir.), *L'Etat social actif...*, *op. cit.*, pp. 33-59 ; A. SERRANO PASCUAL et L. MAGNUSSON (dir.), *Reshaping Welfare States and Activation Regimes in Europe*, *op. cit.*, 2007.

<sup>452</sup> J.-C. BARBIER, « Peut-on parler d'activation de la protection sociale en Europe ? », *op. cit.*, pp. 324-329 ; J.-C. BARBIER, « The European Employment Strategy, a Channel for Activating Social Protection ? », in J. Zeitlin, P. Pochet et L. Magnusson, *The Open Method of Coordination in Action : The European Employment and Social Inclusion Strategies*, PIE-Peter Lang, Bruxelles, 2004, pp. 417-445 ; J.-C. BARBIER, « Research on 'Open Methods of Coordination' and National Social Policies: What Sociological Theories and Methods? », in Bredgaard. T. and Larsen F. (dir.), *Employment Policy from Different Angles*, Copenhagen, DJØEF Publishing, 2005, pp. 47-74 ; D. DUMONT, « Les traductions de l'activation. La douce européanisation des systèmes nationaux de protection sociale », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n°63, 2009, pp. 60-85.

<sup>453</sup> Pour une étude du sujet, voy. : W. EICCHORST et R. KONLE-SEIDL, « Contingent Convergence : A Comparative Analysis of Activation Policies », IZA Discussion Paper n°3905, 2008.

<sup>454</sup> B. HVINDEN et H. JOHANSSON (dir.), *Citizenship in Nordic Welfare States – Dynamics of choice, duties and participation in a changing Europe*, Routledge, New York, 2007.

<sup>455</sup> I. DINGELDEY, « Between Workfare and Enablement – The Different Paths to Transformation of the Welfare State: A Comparative Analysis of Activating Labour Market Policies », *European Journal of Political Research*, Vol. 46, n°6, 2007, pp. 823-851.

<sup>456</sup> W. EICCHORST et R. KONLE-SEIDL, « Contingent Convergence : A Comparative Analysis of Activation Policies », *op. cit.*

habilitantes, ne représentent pas des réformes alternatives, mais sont plutôt des éléments mutuellement constitutifs des politiques d'activation dont l'importance relative varie d'un pays à l'autre.

L'impossibilité d'identifier des *clusters* d'Etats (notamment au regard de l'ancienne typologie des Etats-providence) pose la question d'un rapprochement progressif des différents modèles d'activation. Les pays scandinaves ne sont plus rivaux sur des stratégies de développement du capital humain. Ils recourent moins aux formations longues ; ils raccourcissent la durée des prestations ou encore développent des éléments de contrainte tels que la participation obligatoire à des programmes de travail<sup>457</sup>. De leur côté, les pays anglo-saxons complètent leurs politiques de *work-first* par des politiques de formation. Quant aux pays continentaux, on relèvera le développement d'*in-work credits* en Allemagne et en France ou encore le développement d'éléments de contrainte à travers les réformes Hartz en Allemagne ou encore au Pays-Bas depuis 2010, l'ensemble de ces réformes visant à encourager un retour rapide des bénéficiaires de prestations sociales sur le marché du travail. L'hybridation croissante des modèles résulterait d'un processus d'apprentissage sur base des expériences des autres pays et de leur évaluation empirique<sup>458</sup>.

## §2. Des arbitrages variés entre le droit et le devoir de travailler

**210.** Nous avons expliqué, dans le premier paragraphe, que l'observation empirique révèle une grande hétérogénéité dans les mesures d'activation. Dans ce paragraphe, nous mettons en évidence qu'en fonction de la combinaison des mesures d'activation qu'ils mettent en œuvre, les Etats optent pour des voies différentes de réalisation du droit au travail, qui impliquent des arbitrages variés entre le droit et le devoir de travailler. Sous ces réformes à l'œuvre depuis le début des années 1990, se concrétise une adaptation ou un renouvellement progressif des conceptions politiques du droit au travail.

**211.** Nous aurions pu travailler à partir des deux modèles idéal-typiques de l'activation – le libéral et l'universel – identifiés dans la littérature comparative des politiques sociales. Dans la lignée du travail effectué dans la deuxième section du premier chapitre consacrée aux différentes conceptions politiques du droit au travail et à leur traduction juridique, nous aurions identifié, pour chacun des modèles, *la réalisation du droit au travail* qu'ils préconisent et *la concrétisation du devoir de travailler* qui l'accompagne. L'observation de

---

<sup>457</sup> Sur le développement d'éléments de contrainte dans les politiques d'activation dans les pays scandinaves, voy. not. : T. ANDERSEN et M. SVARER, « Flexicurity – Labour Market Performance in Denmark », CESifo Working Paper Series n°2108, 2007 ; M. BENGTTSSON, « Transformation of Labour Market Policies in the Nordic Countries: Towards a regime shift in Sweden and Denmark? », ILERA World Congress 2012, Beyond Borders: Governance of Work in a Global Economy, Philadelphie, 2-5 Juillet 2012 ; H. JØRGENSEN, « Le récent recalibrage du marché du travail et du système de protection sociale au Danemark », *Politiques sociales et familiales*, 2013, Vol. 112, n°112, pp. 15-27 ; J. KANANEN, *The Nordic Welfare State in Three Eras. From Emancipation to Discipline*, Farnham, Ashgate, 2014.

<sup>458</sup> A. SERRANO PASCUAL, « Reshaping Welfare States : Activation Regimes in Europe », *op. cit.*, pp. 24-30 ; W. EICCHORST et R. KONLE-SEIDL, « Contingent Convergence : A Comparative Analysis of Activation Policies », *op. cit.*

convergences dans la littérature empirique récente tend toutefois à souligner le caractère erroné ou obsolète des modèles idéal-typiques.

Sur le modèle d'Eicchorst ou encore de Van Berkel et Hanneman, nous avons dès lors plutôt identifié différentes dimensions de l'activation, correspondant aux différentes voies empruntées en vue de réaliser le droit au travail. Nous en identifions trois : en vue de réaliser le droit au travail, l'activation des personnes sans emploi peut passer par un renforcement de la contrainte économique au travail (a.) ; elle peut passer par un accroissement du devoir juridique de travailler (b.) ou encore par le développement de droit et/ou de services liés au travail (c.). Les Etats combinent de façon variée ces différentes voies de réalisation du droit travail et, en fonction de la prépondérance octroyée à l'une ou l'autre voie, ils réalisent des arbitrages différents entre le droit et le devoir de travailler des personnes sans emploi. Pour chacune des trois voies identifiées, nous précisons *les racines politiques et idéologiques qui les sous-tendent et les représentations sociales du chômage qui les animent*. Nous listons ensuite *les mesures d'activation typiques* de chacune de ces voies.

#### a. Le renforcement de la contrainte économique au travail

**212.** La première tendance observée au sein des politiques d'activation consiste à augmenter la pression économique sur les personnes sans emploi à accepter un emploi. Il s'agit de diminuer l'autonomie des individus en dehors du marché du travail, ou encore d'accroître leur dépendance aux forces du marché du travail. En un mot, les « recommodifier ».

**213.** *Les représentations sociales du chômage et les soubassements politiques et idéologiques* – Pour rappel, suivant la théorie néoclassique, le chômage structurel correspond au chômage qui ne peut pas être supprimé par une augmentation de la demande parce qu'il serait dû à des rigidités structurelles qui empêchent le marché du travail de s'ajuster. Différentes explications du chômage structurel sont avancées et indiquent des réponses politiques différentes. La première dimension de l'activation découle essentiellement de deux explications du chômage structurel : le chômage structurel serait causé par la générosité des allocations sociales (explication néo-libérale) et par le manque de flexibilité des salaires (explication néo-keynésianiste). Suivant les économistes néo-libéraux, le chômage structurel est dû à des allocations sociales trop élevées qui augmentent le salaire de réservation des chômeurs (c'est-à-dire le salaire minimal en-dessous duquel le chômeur refuse une offre d'emploi). Selon cette hypothèse, le chômage structurel est en réalité du chômage volontaire. Il correspond à des situations dans lesquelles des emplois sont disponibles mais demeurent vacants en raison des « désincitations » à travailler. Les bénéficiaires de prestations sociales choisiraient de rester au chômage après avoir opéré un calcul rationnel entre le fait de demeurer au chômage (montant des prestations sociales), et de prendre un emploi. Une analyse identique est avancée pour le chômage frictionnel : alors que Beveridge considérerait le chômage frictionnel comme du chômage involontaire lié au délai d'appariement nécessaire entre l'offre et la demande de travail (modèle de matching ou d'appariement) (cf. *supra*, note de bas de page 127), le chômage frictionnel est considéré, suivant le *job-search model* ou le modèle de prospection

d'emploi, comme du chômage volontaire lié au fait que le chômeur préférerait demeurer au chômage compte tenu des allocations qu'il perçoit, dans l'attente de trouver un meilleur emploi<sup>459</sup>. Les allocations généreraient une « culture de la dépendance ». Une deuxième explication du chômage est également retenue : suivant le courant néo-keynésien, les allocations sociales créent une pression à la hausse sur les salaires qui aboutit à une contraction de la demande et à une augmentation du chômage, involontaire dans cette hypothèse. Les chômeurs ne seraient pas engagés parce que le salaire qui devrait leur être payé serait plus élevé que la productivité marginale de leur travail. Le chômage serait lié au manque de flexibilité des salaires, notamment causé par des salaires de réservation trop élevés<sup>460</sup>.

**214.** Ces explications du chômage reposent sur le postulat suivant lequel, en situation de parfaite concurrence, les salaires sur le marché du travail s'ajusteraient et tous les individus trouveraient à employer leur force de travail pour une juste rémunération. On retrouve l'essence de la conception libérale classique du droit au travail suivant laquelle le libre jeu du marché du travail va permettre de créer le plein emploi et de donner un emploi à tous. Autrefois, le système des corporations était jugé responsable du chômage ; aujourd'hui, ce sont les allocations de chômage qui sont considérées comme une rigidité du marché du travail qu'il convient de limiter afin de réaliser le droit au travail.

**215.** *Description des mesures d'activation renforçant la contrainte économique au travail* – L'ensemble des mesures qui renforcent la contrainte économique au travail visent à la fois à agir sur le chômage volontaire - en modifiant la structure d'incitations des chômeurs à reprendre un emploi - et à la fois à endiguer la contraction de la demande de travail - en flexibilisant les salaires. Deux types de mesures peuvent être inclus dans cette catégorie : les mesures qui limitent la générosité des prestations sociales et les mesures qui rendent le travail peu qualifié plus rémunérateur, lorsqu'elles agissent sur l'offre de travail (sur celles qui agissent sur la demande de travail, cf. *infra*, n°235).

**216.** Parmi les réformes qui visent à diminuer la générosité des prestations sociales, nous rangeons les réformes qui diminuent la durée ou le montant des prestations, qui durcissent les conditions d'éligibilité ou encore les conditions d'octroi des prestations de chômage ou de l'assistance sociale, particulièrement les obligations classiques de disponibilité au travail. Ces réformes rendent les individus plus dépendants du marché du travail, en opérant une diminution du degré de décommodification offert par les Etats.

A titre exemplatif, la durée d'indemnisation du chômage qui était de sept ans au Danemark en 1994 a été réduite par réformes successives. Elle était de quatre ans en 2000 et a été réduite à deux ans par une réforme entrée en vigueur en 2013. Par une réforme de 2012, la Belgique a, quant à elle, mis en place un mécanisme de dégressivité renforcée du montant des prestations d'assurance chômage. De nombreux Etats ont par ailleurs renforcé l'obligation de

---

<sup>459</sup> O. SJÖBERG, J. PALME et E. CARROLL, « Unemployment Insurance », in. F. C. Castles, *The Oxford Handbook of the Welfare State*, op. cit., p. 429.

<sup>460</sup> O. SJÖBERG, J. PALME et E. CARROLL, « Unemployment Insurance », in. F. C. Castles, *The Oxford Handbook of the Welfare State*, op. cit., p. 430 ; J. TORFING, « Workfare with Welfare : Recent Reforms of the Danish Welfare State », *Journal of European Social Policy*, 1999, Vol. 9, n°1, p. 10.

disponibilité au travail. A titre illustratif, dès les années 1990, la Norvège et l'Allemagne ont supprimé la possibilité pour les chômeurs de refuser, pendant la période initiale de chômage, les offres d'emploi qui ne correspondent pas à leur profession précédente ou à leurs qualifications. La Belgique a limité, en 2011, la période de protection du statut professionnel et a renforcé les exigences en termes de déplacement entre le lieu de résidence et le lieu de travail<sup>461</sup>. Depuis une réforme de 2012 de l'assurance-emploi, la définition de la notion d'emploi convenable varie, au Canada, selon la catégorie de chômeurs à laquelle on appartient. La réglementation distingue les travailleurs de longue date qui n'ont eu que très rarement recours au programme d'assurance-emploi, les prestataires occasionnels et les prestataires fréquents, comme les travailleurs saisonniers. Les prestataires fréquents doivent accepter tout emploi dit « similaire » dès leur licenciement et étendre leur recherche d'emploi à tout emploi « pour lequel ils sont qualifiés » après six semaines de chômage. Dans d'autres Etats, le droit de refuser un emploi non-convenable a été remplacé par l'obligation d'accepter toute offre raisonnable d'emploi ou tout emploi généralement accepté. Ainsi, par une réforme de l'assurance chômage de 2002, le Danemark a supprimé la distinction entre emploi « raisonnable » (en dehors du secteur d'activité de la personne à la recherche d'un emploi) et emploi « convenable » (correspondant aux aptitudes, aux qualifications, à l'expérience acquise et à la durée de service de la personne au chômage dans l'emploi précédent). Les demandeurs d'emploi n'ont plus le droit de refuser un emploi non-convenable pendant leur trois premiers mois de chômage. La réglementation danoise prévoit dorénavant qu'ils doivent accepter toute offre raisonnable d'emploi dès leur premier jour de chômage.

**217.** Les réformes qui visent à rendre le travail peu qualifié plus rémunérateur dans le chef des travailleurs comprennent l'introduction de crédits d'impôt pour les bas-revenus, l'octroi de subventions pour les emplois peu rémunérés ou encore la mise en place de mécanismes d'allocations de transition. Le *Earned Income Tax Credit* aux Etats-Unis (introduit de manière expérimentale en 1975 et développé dans les années 1990)<sup>462</sup> et le *Working Tax Credit* au Royaume-Uni (ayant succédé en 2003 à d'autres formes de crédits développés depuis 1986) sont les programmes de crédits d'impôt les plus connus. Il s'agit de crédits d'impôt remboursables qui constituent donc de véritables subventions aux ménages à faibles revenus. De tels programmes ont également été développés dans d'autres pays anglo-saxons, comme le Canada, l'Irlande ou la Nouvelle-Zélande. On relèvera que d'autres pays ont développé des programmes à plus petite échelle et à destination des individus. On pense par exemple au Danemark, à la Finlande, à la France ou aux Pays-Bas. A titre d'exemple d'allocation de transition, on citera l'allocation de garantie de revenus en Belgique qui soutient les personnes qui n'ont pu retrouver qu'un travail à temps partiel.

Ces mesures impliquent une intervention de l'Etat sur le marché, ce qui peut paraître contraire à l'idée libérale de désengagement de l'Etat en faveur d'une société de marché autonome et de

---

<sup>461</sup> A.M. du 28 décembre 2011 modifiant les articles 23 et 25 de l'arrêté ministériel du 26 novembre 1991 portant les modalités d'application de la réglementation du chômage dans le cadre de l'emploi convenable, *M.B.*, 30 déc. 2011.

<sup>462</sup> Sur le *Earned Income Tax Credit*, et plus généralement sur l'activation aux Etats-Unis, voy. D. DUMONT, « Activation Policies for the Unemployed in the United States : Work First », in E. Dermine et D. Dumont (dir.), *Activation Policies for the Unemployed...*, *op. cit.*, pp. 59-76, plus particulièrement les pages 73 et 74.

pleine harmonie (cf. *supra*, n°34). On y voit la distinction entre le libéralisme classique et le néo-libéralisme<sup>463</sup>. Dans les deux cas, demeure le postulat central que le marché produit les meilleurs résultats en termes d'égalité et d'efficacité. Mais l'approche naturalisatrice du marché s'est révélée chimérique à l'épreuve de la réalité et a été remplacée par une approche constructiviste du marché<sup>464</sup>. Dans la stratégie néo-libérale, l'Etat est appelé à jouer un rôle important dans la restructuration des marchés et afin de sécuriser la libre compétition. L'Etat est amené à intervenir en vue de réaliser l'utopie libérale, c'est-à-dire l'avènement d'une société de marché<sup>465</sup>. On avait déjà souligné, dans le premier chapitre, que les Etats libéraux admettaient des interventions momentanées sur le marché du travail afin de hâter la réalisation de l'utopie libérale (cf. n°81).

Le classement des mesures visant à rendre le travail plus rémunérateur dans les mesures opérant un renforcement de la contrainte économique au travail peut poser question. A première vue, on pourrait en effet être tenté de plutôt ranger ce type de mesures dans les droits et/ ou services liés au travail<sup>466</sup>. Il nous semblait dès lors important de justifier brièvement ce choix. Les mesures qui diminuent le montant des allocations de chômage et les mesures qui subsidient le travail peu rémunéré sont des mesures miroirs. Ces mesures incitent les chômeurs à un retour rapide sur le marché du travail, en creusant l'écart entre le montant des allocations sociales et les revenus du travail, et elles font pression à la baisse sur les salaires de réservation, en vue d'accroître la demande de travail peu qualifié<sup>467</sup>. On peut donc en conclure qu'elles limitent l'autonomie des individus par rapport aux forces du marché du travail ou qu'elles diminuent le pouvoir des individus dans leur rapport de force avec les employeurs. Elles les placent dans une situation de plus grande contrainte économique au travail et contribuent à les recommodifier<sup>468</sup>.

**218.** Dans le premier chapitre, nous avons vu que, dans la conception réformiste, la sécurité sociale circonscrit la contrainte économique au travail alors que, dans la conception libérale classique, les individus sont, *de facto*, contraints de travailler pour obtenir des moyens de subsistance. Les politiques nationales qui recourent à un renforcement de la contrainte

<sup>463</sup> La notion de néo-libéralisme est ici entendue dans la signification qui lui est communément assignée depuis les années 1980. Le concept est toutefois historiquement plus riche et a été traversé par de nombreux courants. Pour une cartographie et un historique complet du concept, il est renvoyé à : S. AUDIER, *Néo-libéralisme(s). Une archéologie intellectuelle*, Grasset, 2008.

<sup>464</sup> W. BROWN, « Neo-liberalism and the End of Liberal Democracy », *Theory and Event*, Vol. 7, n°1, 2003, pp. 9-10 ; J. SOSS, R. C. FORDING et S. F. SCHRAM, « Governing the Poor : The Rise of the Neoliberal Paternalist State », APSA Annual meeting, Toronto, *SSRN Working Paper Series*, 2009, pp. 2-3.

<sup>465</sup> J. TORFING, « Workfare with Welfare : Recent Reforms of the Danish Welfare State », *Journal of European Social Policy*, 1999, p. 8.

<sup>466</sup> C'est ainsi que Kathleen Angers range ces mesures dans le côté « droits et services » de l'activation et non dans le côté « exigences » (K. ANGERS, « La gouvernance des politiques d'activation en Europe : Qu'est-ce qu'une revue de la littérature nous apprend ? », *Canada-Europe. Dialogue transatlantique, Policy Paper*, Janvier 2011, p. 3). Dans la même logique, Werner Eicchorst et Regina Konle-Seidl les classent dans les éléments « enabling » et non dans les éléments « demanding » (W. EICCHORST et R. KONLE-SEIDL, « Contingent Convergence : A Comparative Analysis of Activation Policies », *op. cit.*, p. 5).

<sup>467</sup> *A contrario*, les mesures visant à rendre le travail rémunérateur qui agissent sur la demande de travail n'ont aucun effet sur le salaire de réservation et ne s'inscrivent donc pas, à notre sens, dans une logique de recommodification (cf. *infra*, n°235).

<sup>468</sup> S. BOUQUIN, « Social Minima in Europe: the Risks of Cumulating Income-Sources », *USBIG Discussion Paper Series*, n°20, Février 2002 ; S. DEAKIN et F. WILKINSON, *The Law of the Labour Market*, Oxford, Oxford University Press, 2005 (Chapter on the Duty to Work), p. 198.

économique pour activer les personnes sans emploi opèrent dès lors un glissement plus ou moins conséquent de la conception réformiste du droit au travail vers la conception libérale classique du droit au travail.

**219.** Les critiques exprimées à l'encontre de cette dimension de l'activation portent sur ses fondements théoriques. Les explications du chômage sur lesquelles elle repose seraient inexactes et les mesures d'activation préconisées seraient dès lors inefficaces. Des études tendent à démontrer que les bénéficiaires de prestations de chômage d'assistance sociale auraient un 'work ethic' aussi fort que les travailleurs<sup>469</sup> et que la durée du chômage ne serait pas corrélée avec le montant des allocations sociales et leur durée d'octroi<sup>470</sup>.

Concrètement, le renforcement de la contrainte économique au travail aurait pour seul effet de conduire à un abaissement des salaires et des conditions de travail. Il n'engrangerait pas de hausse d'emploi mais contribuerait par contre à la création d'une sous-classe de travailleurs pauvres<sup>471</sup>. Le démantèlement des systèmes de sécurité sociale, considérés comme des obstacles au libre accès au marché du travail, ne permettrait pas de sécuriser un emploi à chacun. Au contraire, les recherches récentes indiquent que la baisse des salaires entraînée par le démantèlement des systèmes de sécurité sociale déprimerait davantage la consommation, si bien qu'elle pourrait entraîner une nouvelle hausse du taux de chômage<sup>472</sup>.

Les critiques exprimées à l'encontre de cette dimension de l'activation font écho aux critiques des socialistes adressées aux libéraux lors du débat sur le droit au travail à l'assemblée constituante française en 1848 (cf. n°82) ou encore aux arguments soulevés par le Bloc de l'Est à l'encontre du Bloc de l'Ouest lors des discussions précédant la consécration du droit au travail dans les pactes internationaux d'après-guerre (cf. Chapitre 2, Section 2). La promotion de l'emploi passe par une réduction de la liberté des individus de choisir leur emploi. Le renforcement de la contrainte économique, parce qu'il se fait au détriment de la dimension de liberté du droit au travail, est accusé de réduire le droit au travail à un devoir de travailler. La fonction de cohésion sociale du travail prendrait le pas sur la fonction d'épanouissement des individus. L'activation par le renforcement de la contrainte économique au travail dévoierait le droit au travail de sa visée, c'est-à-dire le droit à la vie et à l'épanouissement, pour en faire un instrument d'exploitation au service d'une classe.

---

<sup>469</sup> Voy., par exemple, M. HAWKESWORTH, « Workfare and the Imposition of Discipline », *op. cit.*, p. 171, se référant à différentes études empiriques ; voy. également : A. SERRANO PASCUAL, « Reshaping Welfare States : Activation Regimes in Europe », *op. cit.*, p. 22.

<sup>470</sup> D. GALLIE et S. PAUGAM, *Welfare Regimes and the Experience of Unemployment in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

<sup>471</sup> Voy. not. : S. DEAKIN et F. WILKINSON, *The Law of the Labour Market*, *op. cit.*, p. 198.

<sup>472</sup> G. B. EGGERTSSON et P. KRUGMAN, « Debt, Deleveraging, and the Liquidity. Trap: A Fisher-Minsky-Koo approach », *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 127, n°3, pp. 1469-1513.



#### Encadré 18 – L'activation par le renforcement de la contrainte économique au travail

<b>Les représentations sociales du chômage et les soubassements idéologiques</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Chômage volontaire lié à la générosité des prestations de chômage et de l'assistance sociale (explication néo-libérale)</li> <li>- Chômage involontaire lié au manque de flexibilité des salaires (explication néo-keynésianiste) (chômage involontaire)</li> </ul>
<b>Les mesures-types</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Diminution de la générosité des prestations de chômage ou de l'assistance sociale (<i>sécurité sociale</i>)</li> <li>- Mesures visant à rendre le travail rémunérateur qui agissent sur l'offre de travail (<i>politique fiscale ou parafiscale</i>)</li> </ul>

#### b. Le renforcement de la contrainte juridique au travail

**220.** La deuxième tendance observée dans les réformes visant à activer les personnes sans emploi consiste à accroître la contrainte juridique au travail des personnes sans emploi. Nous avons vu que l'octroi des prestations de chômage et d'assistance sociale a toujours été soumis à un certain devoir de travailler, lequel est balisé et circonscrit dans les réglementations nationales et à travers leur mise en oeuvre. Les réformes étudiées opèrent un renforcement du devoir de travailler soit dans les réglementations nationales, soit dans leur application par l'administration, en conditionnant de plus en plus étroitement l'octroi des prestations sociales au respect d'obligations liées au travail.

**221.** *Les représentations sociales du chômage et les soubassements idéologiques* – Cette dimension de l'activation repose sur les théories néo-libérales du chômage naturel suivant lesquelles le chômage structurel serait du chômage volontaire. Cette explication du chômage fonde les approches coercitives de l'activation à l'égard des chômeurs considérés comme des profiteurs, ou des « free-riders » suivant l'expression anglaise.

**222.** On pourrait penser que cette dimension de l'activation poursuit le même objectif que les mesures renforçant la contrainte économique au travail, à savoir la reconditionnement des individus. Certains dirigeants politiques ont effectivement recours à ces mesures car il s'avère politiquement trop délicat de diminuer la hauteur ou la durée d'octroi des prestations sociales, considérées comme des acquis sociaux. L'activation par le renforcement de la contrainte juridique au travail est alors considérée comme une option plus consensuelle aboutissant, de manière indirecte, à renforcer la contrainte économique au travail. Face à l'imposition de nouvelles obligations liées au travail, et de nouvelles sanctions, dans les systèmes d'indemnisation du chômage et d'assistance sociale, les chômeurs seraient incités, dans un

calcul rationnel, à accepter un emploi sur le marché du travail, plutôt que de se soumettre à ces obligations<sup>473</sup>.

Cependant, l'activation par le renforcement de la contrainte juridique au travail ne procède pas nécessairement de la même logique que l'activation par le renforcement de la contrainte économique au travail. Elle ne vise pas toujours à diminuer le degré de décommodification offert par les Etats-providence mais parfois, au contraire, à légitimer le maintien d'un niveau important de décommodification. Le renforcement des exigences à l'égard des chômeurs vise alors à s'assurer que les bénéficiaires de prestations sociales cherchent effectivement un emploi et accomplissent des efforts pour s'insérer sur le marché du travail. Ce faisant, les réformes ambitionnent de lutter contre les chômeurs volontaires et de pallier ainsi le manque de soutien social à l'égard des systèmes d'indemnisation généreux<sup>474</sup>. Le renforcement de la contrainte juridique s'inscrit alors dans le souci de générer un équilibre entre les droits et les devoirs des personnes sans emploi, qui emporte l'adhésion de la population, en ce compris des personnes qui pensent qu'elles ne seront jamais au chômage.

**223.** Les réformes qui resserrent le devoir juridique de travailler peuvent donc tout aussi bien être mues par une logique de recommodification (conception libérale du droit au travail), que par la volonté de légitimer le maintien d'un haut degré de décommodification (conception réformiste du droit au travail). Est-il possible d'identifier une doctrine politique qui anime l'ensemble de ces réformes ? Nous en identifions une. Qu'elles s'inscrivent ou non dans une logique de recommodification, ces réformes contiennent une dimension paternaliste.

Suivant la définition désormais devenue classique de Gerald Dworkin, le paternalisme consiste en une restriction de la liberté d'action d'un individu justifiée par des raisons qui renvoient à l'intérêt et au bien-être de la personne contrainte<sup>475</sup>. Les trois différentes dimensions de l'activation que nous identifions partent du principe que le travail est essentiel à l'épanouissement des individus et cherchent à réaliser le droit au travail. Par contre, seule la dimension ici étudiée implique que l'Etat restreigne juridiquement la liberté des personnes sans emploi de ne pas travailler ou de choisir leur emploi, en vue de réaliser cet objectif.

---

<sup>473</sup> Voy. notamment l'analyse d'impact des politiques de *workfare* sur le retour à l'emploi menée par T. M. Andersen et M. Svarer, dans laquelle ils indiquent que les politiques de *workfare* constituent des alternatives aux réductions du montant des prestations pour améliorer la balance entre incitants et assurance (« The Role of Workfare in Striking a Balance between Incentives and Insurance in the Labour Market », *Economica*, Vol. 81, n°321, 2014, pp. 86-116). Ils indiquent que les politiques de *workfare* n'ont pas seulement un impact sur les chômeurs qui en sont les destinataires mais également sur les chômeurs qui n'y sont pas encore soumis - qui, par l'effet de la menace, pourraient chercher plus activement un emploi - ainsi que sur les travailleurs - qui pourraient accepter des salaires moins élevés - dès lors que l'option de sortie du marché du travail devient moins attractive. La modération salariale boosterait l'emploi (explications néo-libérale et néo-keynésianiste du chômage).

<sup>474</sup> A propos de l'activation au Danemark, J. Kvist, L. Pedersen et A. Köhler écrivent ainsi que : « Activation also serve to legitimise the relatively generous welfare system. The work test poliies moral hazard and ensures that (almost) nobody cheats or lives off the system and in that way secures the system's broad support in the population, including of those who are not themselves likely to become unemployed and subject to activation » (« Making All Persons Work : Modern Danish Labour Market Policies », in W. Eichhorst, O. Kaufmann et R. Konle-Seidl (dir.), *Bringing the Jobless into Work? Experiences with Activation Schemes in Europe and the US*, *op. cit.*, p. 224).

<sup>475</sup> G. DWORIN, « Paternalism », in R. Sartorius (dir.), *Paternalism*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1984, p. 20 ; voy. également, du même auteur : « Defining Paternalism », in C. Coons et M. Weber (dir.), *Paternalism, Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp 17-29.

Les promoteurs de ces réformes avancent que l'interférence de l'Etat dans la liberté des individus est justifiée par le fait que le chômage volontaire ne résulterait pas d'un choix pleinement conscient et éclairé. Les chômeurs s'acclimateraient à leur situation : indemnisés en marge du marché du travail, ils perdraient de vue les bénéfices qui peuvent être retirés d'un travail et s'habitueraient à vivre avec peu d'argent<sup>476</sup>. Dans ces circonstances, il appartiendrait à l'Etat de guider les chômeurs sur le chemin de l'emploi, par une action coercitive, car c'est à terme, à travers leur travail, qu'ils se réaliseront et s'épanouiront, en toute autonomie<sup>477</sup>. Selon les tenants du renforcement de la contrainte juridique au travail, l'autonomie doit d'abord être initiée<sup>478</sup>. Cette justification de l'approche paternaliste de l'activation repose sur la conviction que, pleinement éclairés et en possession de leur libre arbitre, les chômeurs ne feraient pas le choix de rester sans emploi et qu'*a posteriori*, ils reconnaîtront le bien-fondé de l'action coercitive de l'Etat en faveur de leur remise au travail.<sup>479</sup>

**224.** En conclusion, l'activation par le renforcement de la contrainte juridique repose sur l'explication néo-libérale du chômage suivant laquelle le chômage s'explique par un manque de motivation et de volonté des chômeurs à reprendre un travail. Cette dimension de l'activation se caractérise par ailleurs par une approche paternaliste : parce que le choix des chômeurs est jugé non-conforme à leurs intérêts, il appelle une action coercitive de l'Etat en vue de les remettre à l'emploi. Nous verrons dans le paragraphe suivant que les réformes présentent un degré plus ou moins important de coercition.

**225.** *Description des mesures d'activation qui renforcent la contrainte juridique au travail* – Afin de resserrer le devoir juridique de travailler des personnes sans emploi, les Etats renforcent les obligations existantes de disponibilité au travail. Ils développent également de nouvelles obligations liées au travail. Ces réformes peuvent être accompagnées de la mise en place de nouvelles procédures de contrôle de ces obligations ou encore du renforcement des sanctions associées au non-respect des obligations. Nous identifions trois grands ensembles de mesures : les mesures qui conditionnent l'octroi des prestations sociales à l'accomplissement de prestations de travail, celles qui renforcent les obligations classiques de disponibilité à l'emploi et celles qui rendent obligatoire, soit, la participation aux mesures d'accompagnement, d'orientation ou de formation professionnelle offertes par les services de l'emploi, soit l'utilisation des services sociaux (assistance sociale et psychologique, service personnalisé,...).

**226.** Le *workfare* est la figure emblématique de la première catégorie de mesures. Dans les années 1980, les Etats-Unis ont commencé à conditionner le maintien des prestations d'assistance sociale à la participation à des programmes de travail obligatoires. Ce type de réformes a progressivement fleuri en Europe, à partir des Royaume-Uni qui ont développé

---

<sup>476</sup> Les recherches empiriques en économie comportementale et psychologie sociale confirment que les individus opèrent parfois des choix qui ne sont pas conformes à leur propre intérêt (R. H. THALER et C. R. SUNSTEIN, *Nudge : Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, New Haven and London, Yale University press, 2008).

<sup>477</sup> A ce propos, voy. : C. HENNING, « Liberalism, Perfectionism and Workfare », *op. cit.*, p. 166.

<sup>478</sup> A propos de ce constat, voy. : C. HENNING, « Liberalism, Perfectionism and Workfare », *op. cit.*, p. 166.

<sup>479</sup> C. HENNING, « Liberalism, Perfectionism and Workfare », *op. cit.*, p. 166.

leurs premières expériences dès la fin des années 1990<sup>480</sup>. Les dispositifs conditionnent l'octroi de prestations de chômage ou d'assistance sociale à l'accomplissement de prestations de travail non-rémunérées dans le secteur privé, public ou associatif. On pense notamment au *Work Experience Program* à New York (1996) ou au programme *Wisconsin Works (W-2)* au Wisconsin (1996), deux dispositifs de *workfare* emblématiques aux Etats-Unis<sup>481</sup>, à *Work for the Dole* en Australie (1997), au programme *Work First* au Pays-Bas (2011), au *Mandatory Work Activity Programme* (2011) ou encore au *Community Action Programme* pour les chômeurs de « très longue durée » (2012) au Royaume-Uni. En ce qui concerne les prestations de chômage, on notera que ces programmes sont absents des systèmes assurantiels et se concentrent dans les systèmes d'assistance-chômage. On relèvera toutefois qu'en Belgique, où l'assurance-chômage n'est pas limitée dans le temps, les propositions politiques se multiplient depuis 2013 pour introduire de tels programmes à destination des chômeurs de longue durée<sup>482</sup>.

Les mesures de *workfare* participent de la logique de reconditionnement. Ses promoteurs ambitionnent très clairement que la perspective de participer à des prestations de travail non-rémunérées poussent les chômeurs à accepter un emploi sur le marché du travail (effet de dissuasion du *workfare*). Selon leurs termes, ils souhaitent ainsi « briser la culture de dépendance » ou éviter dorénavant que la sécurité sociale soit vue « comme une alternative au travail » ou encore comme un « pre-paid lifetime vacation plan », selon les termes employés par Ronald Reagan lui-même<sup>483</sup>. Ces mesures doivent jouer à la baisse sur le salaire de réservation des chômeurs.

Il ne s'agit toutefois pas de démanteler les systèmes de sécurité sociale. Les systèmes de sécurité sociale sont au contraire utilisés afin de renforcer le devoir de travailler, dans une approche constructiviste de la société de marché<sup>484</sup>. La logique de déconditionnement est

---

<sup>480</sup> Sur la diffusion de l'expérience américaine en Europe, voy. M. FREEDLAND, P. CRAIG, C. JAKESON et N. KOUNTOURIS, « Active Labour Market Policies : Between 'Right to Work' and 'Workfare' », in *Public Employment Services and European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 204-210. Sur le policy transfer des Etats-Unis vers le Royaume-Uni, voy. D. P. Dolowitz, « British Employment Policy in the 1980s: Learning from the American Experience », *Governance: An International Journal of Policy and Administration*, Vol. 10, n°1, 1997, pp. 23-42.

<sup>481</sup> Sur les programmes de *workfare* aux Etats-Unis, voy. : D. DUMONT, « Activation Policies for the Unemployed in the United States : Work First », in E. Dermine and D. Dumont (dir.), *op. cit.*

<sup>482</sup> A ce sujet, voy. : E. DERMINE, « Les travaux d'intérêt général imposés aux chômeurs, une fausse évidence », *La Libre Belgique*, le 9 octobre 2013, <http://www.lalibre.be/debats/opinions/les-travaux-d-interet-general-imposes-aux-chomeurs-une-fausse-evidence-5255003435706e5fd92561fc>; voy. également : B. VAN DER LINDEN, « Chômage indemnisé contre service à la communauté », *Regards économiques*, n°114, Septembre 2014, pp. 1-8. C'est à notre sens erronément que Bruno Vanderlinden considère que le *workfare* n'est pas totalement absent des régimes d'assurance chômage. Les deux réformes qu'il cite à l'appui de cette affirmation apparaissent d'ailleurs irrelevantes. Le programme *Help to Work* concerne les chômeurs de longue durée qui sont à charge, non pas de l'assurance chômage, mais de l'assistance chômage. Quant à l'article auquel il fait référence en qui concerne le cas de la Suède, il se réfère à un vieux programme suédois qui n'obligeait pas les bénéficiaires de l'assurance chômage à effectuer des prestations de travail non-rémunérées mais à participer à une mesure active du marché du travail.

<sup>483</sup> Cité dans H. L. WILENSKY, *The Welfare State and Equality. Structural and Ideological Roots of Public Expenditures*, Berkeley, California University Press, 1975, p. 33.

<sup>484</sup> Sur le néo-libéralisme et l'approche constructiviste du marché, voy. : W. BROWN, « Neo-Liberalism and the End of Liberal Democracy », *Theory and Event*, Vol. 7, n°1, 2003, pp. 9-10.

inversée. Le droit aux prestations sociales justifie que l'Etat contrôle le comportement des allocataires sociaux en vue de les « reconditionner ». Lawrence Mead, considéré comme l'inspirateur intellectuel des politiques néo-paternalistes aux Etats-Unis, considère ainsi que « le programme de welfare le plus efficace est celui qui combine allocation des prestations avec le pouvoir qu'ont les agents de contrôler les clients, d'influencer leurs comportements et de les obliger à satisfaire aux exigences associées à l'octroi des aides. Il s'agit d'aider les gens en les obligeant à être présents sur le marché de l'emploi et non en leur laissant le choix de travailler ou de ne pas travailler »<sup>485</sup>.

**227.** L'accroissement de la contrainte juridique au travail prend également la forme de réformes qui renforcent les obligations classiques de disponibilité au travail dans les systèmes d'indemnisation du chômage ou les dispositifs d'assistance sociale.

Sont d'abord visées les réformes qui élargissent ou abandonnent la notion d'emploi convenable dans les systèmes d'indemnisation du chômage (pour des exemples de réformes, cf. *supra*, n°216). Nous avons vu, dans le deuxième chapitre, que la notion d'emploi convenable était au centre de l'arbitrage entre le droit et le devoir de travailler des personnes sans emploi. Elle juridicise l'obligation morale de travailler et, ce faisant, elle circonscrit la contrainte économique au travail, en posant le droit à l'indemnisation financière en l'absence d'emploi convenable. Les réformes visées touchent à cet équilibre. Elles renforcent le devoir juridique de travailler des personnes sans emploi et, par là même, accroissent la contrainte économique de travailler qui pèse sur ces derniers (cf. encadré 21 qui met en évidence que ses mesures passent par un renforcement mutuel de la contrainte juridique et de la contrainte économique au travail).

Dans cette deuxième catégorie, nous devons également mentionner les réformes qui visent à s'assurer que les chômeurs recherchent effectivement un emploi. Les Etats édictent de nouvelles obligations de recherche active d'emploi. Ils déclinent l'obligation abstraite de disponibilité au travail sous forme d'engagements concrets à respecter. Ils prévoient des sanctions, comme la suspension ou la réduction, temporaire ou définitive, des prestations de chômage, en cas de non-respect de plans d'action pour la recherche d'emploi signés avec les services de l'emploi ou, encore, établissent de nouvelles procédures de contrôle, notamment *via* des entretiens, visant à vérifier que les chômeurs adoptent effectivement un comportement actif dans leur recherche d'emploi.

**228.** Enfin, dans la troisième catégorie, nous incluons les réformes qui rendent obligatoire la participation aux mesures actives classiques du marché du travail ou l'utilisation de services sociaux, sous peine de se voir administrer une sanction qui peut consister soit dans la réduction, soit dans la suspension – temporaire ou définitive – des prestations sociales. Pour rappel, les mesures actives du marché du travail incluent l'assistance et le conseil dans la recherche d'emploi, l'orientation et la formation professionnelle, les stages en entreprise, les emplois subsidiés,... (cf. *supra*, n°192 et encadré 17). En elles-mêmes, ces mesures ne sont

---

<sup>485</sup> P.-J. ULYSSE et F. LESEMAN dans *Citoyenneté et pauvreté. Politiques, pratiques et stratégies d'insertion en emploi et de lutte contre la pauvreté*, Québec, Presses universitaires de l'Université de Québec, 2004, p. 263, se référant à L. MEAD, *Beyond Entitlement*, New York, Free Press, 1986 et, du même auteur, *The New politics of poverty*, New York, 1992, Basic Books.

pas à ranger dans les mesures d'activation qui renforcent la contrainte juridique au travail en vue de réaliser le droit au travail. Nous les avons classées dans une troisième dimension de l'activation, à savoir le développement de droits et/ou de services liés au travail (cf. point suivant). Par contre, les mesures qui rendent obligatoire la participation à ces mesures sont bien à intégrer dans la dimension coercitive de l'activation. Alors que la mise en place de mesures actives est fondée sur l'idée que le chômage n'est pas volontaire mais est lié à un manque de compétences et de qualifications (cf. *infra*, n°232), l'affirmation de leur caractère obligatoire repose sur la conviction que certains chômeurs manquent de volonté et de motivation à se réinsérer sur le marché du travail (explication néo-libérale du chômage). C'est cette conviction qui justifie que les chômeurs soient contraints de participer aux mesures actives du marché du travail.

A la différence des mesures de *workfare*, la participation obligatoire aux mesures actives du marché du travail n'a pas nécessairement pour objectif d'accentuer la pression économique sur les allocataires sociaux à reprendre un emploi (logique de reconditionnement non-systématique) ; elle souscrit parfois plutôt à la volonté de légitimer le maintien d'un Etat-providence généreux, en développant un équilibre harmonieux entre le droit et le devoir de travailler. La restriction portée à la liberté des individus de choisir leur emploi doit être mise en balance avec l'amélioration de leurs chances d'accéder à un emploi librement choisi grâce à la participation à la mesure active du marché du travail. En outre, on observera que la restriction à la liberté de choix peut être limitée par la possibilité pour le chômeur de participer au choix de la mesure active qui convient le mieux à ses aspirations professionnelles ou encore par l'attachement de sanctions peu élevées au refus de participer à une mesure active.

**229.** Nous avons vu, dans le premier chapitre, que la conception socialiste du droit au travail se caractérise par la contrainte juridique de travailler. Dans la conception réformiste du droit au travail, l'indemnisation du chômage est subordonnée à un certain devoir de travailler, lequel est délimité. L'activation coercitive des bénéficiaires de prestations sociales passe par un renforcement de la contrainte juridique au travail dans les systèmes d'indemnisation du chômage. L'activation par le renforcement de la contrainte juridique au travail opère donc, à notre sens, un glissement de la conception réformiste du droit au travail vers la conception socialiste du droit au travail. Si la voie disciplinante de l'activation revêt des traits comparables à la conception socialiste du droit au travail, il n'est toutefois pas question de les assimiler. La dimension coercitive de l'activation n'implique, en aucune manière, d'imposer un devoir général de travailler, lequel est une caractéristique essentielle de la conception socialiste du droit au travail (cf. *supra*, n°72)<sup>486</sup>. Le renforcement de la contrainte juridique au

---

<sup>486</sup> On relèvera toutefois que la Hongrie a inséré en 2011 une nouvelle disposition dans sa Constitution, laquelle prévoit que « every person shall be obliged to contribute to the enrichment of the community to their best ability and potential ». La disposition relative aux droits sociaux inclut le risque du chômage, dans les cas où il n'a pas été causé par les actions des citoyens eux-mêmes. Enfin, il est dorénavant prévu que la nature et la générosité des prestations sociales doivent être déterminées sur base de l'utilité des activités des bénéficiaires pour la communauté. Depuis 2013, les bénéficiaires de l'assurance chômage et de l'assistance sociale sont contraints de participer à des programmes de travail durant trente jours, s'il n'y a pas d'opportunités d'emploi. Ces prestations ne sont pas protégées par la réglementation du travail ; les travailleurs perçoivent une rémunération équivalente à septante pour cent du salaire minimum pour leurs prestations. Ce programme se dénomme

travail ne concerne que les allocataires sociaux. Les individus demeurent formellement libres de ne pas travailler en marge des systèmes d'allocations sociales. On relèvera toutefois que, dans les sociétés libérales modernes où les solidarités villageoises et familiales ont été progressivement dissoutes en vue de réaliser la société de marché (cf. *supra*, n°38), les individus n'ont concrètement souvent pas d'autre alternative que de se tourner vers l'aide de l'Etat afin de survivre, auquel cas ils seront soumis à la contrainte juridique renforcée de travailler.

**230.** Examinons à présent les critiques formulées à l'encontre de cette dimension de l'activation. Des études empiriques tendent à démontrer que l'explication du chômage qui fonde cette dimension serait erronée. Les bénéficiaires de prestations sociales auraient une volonté de travailler aussi développée que les travailleurs<sup>487</sup>. Le renforcement de la contrainte juridique au travail serait donc une réponse inefficace au chômage. Certains auteurs ont même mis en évidence un risque de *locking-in effect* : la participation à des mesures de travail obligatoire prive les chômeurs du temps nécessaire pour rechercher un emploi<sup>488</sup>. Lorsque les mesures accroissent parallèlement un renforcement de la contrainte économique au travail, elles entraîneraient tout au plus un abaissement des salaires et des conditions de travail<sup>489</sup>.

Dans un deuxième registre, des auteurs soulèvent que la dimension paternaliste de ces mesures serait en contradiction avec le libéralisme politique<sup>490</sup>. Suivant les libéraux, « la seule raison légitime que puisse avoir une communauté civilisée d'user de la force contre un de ses membres, contre sa propre volonté, est d'empêcher que du mal ne soit fait à autrui. Le contraindre pour son propre bien, physique ou moral, ne fournit pas une justification suffisante »<sup>491</sup>. Nous nous trouvons ici au centre du conflit entre le libéralisme économique et le libéralisme politique. Alors que le libéralisme économique est une idéologie articulée autour de l'utopie de la société de marché qui peut impliquer, dans la poursuite de la réalisation de l'utopie, des actions coercitives à l'égard des individus, le libéralisme politique est fondé sur le pluralisme et la défense des droits des individus. Cette critique fait écho aux critiques formulées à l'encontre de la conception socialiste du droit au travail (cf. *supra*, n°74, 78 et 80). Comme la conception socialiste du droit au travail, la dimension de l'activation étudiée a recours à la contrainte juridique au travail en vue de réaliser le droit au travail. Il ne

---

*National Work Plan* et c'est le ministre de l'intérieur qui en a la gestion, ce qui rappelle fortement un programme du même nom mis en œuvre dans les années trente par le régime totalitaire (A ce sujet, voy. D. SZIKRA, « Democracy and Welfare in Hard Times : The Social Policy of the Orban Government in Hungary between 2010 and 2014 », *Journal of European Social Policy*, Vol. 24, n°5, Décembre 2014, pp. 486-500).

<sup>487</sup> M. HAWKESWORTH, « Workfare and the Imposition of Discipline », *op. cit.*, p. 171, se référant à différentes études empiriques qui attestent de la volonté des personnes sans emploi à retrouver un travail.

<sup>488</sup> P. FREDRIKSSON et B. HOLMLUND, « Improving Incentives in Unemployment Insurance: A Review of Recent Research », *Journal of Economic Surveys*, 2006, Vol. 20, n°3, pp. 357-386.

<sup>489</sup> Sur les critiques liées au renforcement de la contrainte économique, voy. *supra*, n°217. Voy. également : P. ARNI, R. LALIVE et J. C. VAN OURS, « How Effective are Unemployment Benefit Sanctions ? Looking Beyond Unemployment Exit », *Journal of applied econometrics*, Vol. 28, n°7, Novembre/Décembre 2013, pp. 1153-1178.

<sup>490</sup> D. KING, *In the name of liberalism. Illiberal Social Policy in the United States and Britain*, Oxford, Oxford University press, 1999 ; C. HENNING, « Liberalism, Perfectionism and Workfare », *op. cit.*, p. 171 ; J. SOSS, R. C. FORDING et S. F. SCHRAM, « Governing the poor... », *op. cit.* Voy. également : A. VAN DE PUTTE, « Burgerschap, arbeidsbestel en recht op arbeid », *Tijdschrift voor Filosofie*, Vol. 59, n°4, 1997, pp. 662-663

<sup>491</sup> J. S. MILL, *De la liberté*, Paris, Presses Pocket, 1990, pp. 39-40 (traduit de l'anglais par F. Pataut ; originellement publié en 1859).

s'agit de façonner un individu conforme aux valeurs de la société socialiste mais un individu au comportement économique rationnel ayant intégré les règles de la libre concurrence<sup>492</sup>. Dans les deux cas, il s'agit de faire intégrer à l'individu son obligation morale de travailler vis-à-vis de la société. A travers cette dimension de l'activation, se manifeste la convergence du néo-libéralisme économique avec le paternalisme, induite par son approche constructiviste de la société de marché. Cette analyse est parfaitement résumée par Wendy Brown :

« Neoliberalism does not simply assume that all aspects of social, cultural and political life can be reduced to (a rational market) calculus, rather it develops institutional practices and rewards for enacting this vision... In contrast with the notorious laissez faire and human propensity to « truck and barter » of classical economic liberalism, neo-liberalism does not conceive either the market itself or rational economic behavior as purely natural. Both are constructed – organised by law and political institutions, and requiring political intervention and orchestration. Far from flourishing when left alone, the economy must be directed, buttressed, and protected by law and policy as well as by the dissemination of social norms designed to facilitate competition, free trade, and rational economic action on the part of every member and institution of society »<sup>493</sup>.

Afin de construire la société de marché, les Etats restreindraient la liberté civile des individus de choisir leur emploi de même que leurs libertés économiques et augmenteraient leur emprise sur la société civile alors que l'utopie libérale visait au contraire à construire une société civile immédiate à elle-même, à l'abri de toute intervention extérieure du pouvoir. Dans ces circonstances, la fonction de cohésion sociale est accusée de prendre le pas sur sa fonction dans l'épanouissement et la réalisation des individus. On notera qu'en réponse à cette critique, les promoteurs de l'activation coercitive développent le même type d'argument que les socialistes : ils identifient l'intérêt des individus à l'intérêt de la société (cf. *supra*, n°74). Il s'agit conformément à la conviction paternaliste, de « forcer pour le meilleur »<sup>494</sup>.

<sup>492</sup> A propos des objectifs poursuivis par les mesures de *workfare*, Mary Hawkesworth écrit qu'elles « encourage recipient identification with the labor market, provide recipients with a work history and develop the discipline necessary for accepting employment in the regular economy » (M. HAWKESWORTH, « Workfare and the Imposition of Discipline », *op. cit.*, p. 268).

<sup>493</sup> W. BROWN, « Neo-Liberalism and the End of Liberal Democracy », *Theory and Event*, Vol. 7, n°1, 2003, pp. 9-10.

<sup>494</sup> M. HAWKESWORTH, « Workfare and the Imposition of Discipline », *op. cit.*, p. 269.



### Encadré 19 – L’activation par le renforcement de la contrainte juridique au travail

<b>Les représentations sociales du chômage et les soubassements idéologiques</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Chômage lié à un manque de volonté à reprendre le travail (explication néo-libérale)</li> <li>- Choix considéré comme non-conforme à l’intérêt des chômeurs (dimension paternaliste)</li> </ul>
<b>Les mesures-types</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Subordination de l’octroi des prestations de chômage ou de l’assistance à l’accomplissement de prestations de travail non-rémunérées (mesures de <i>workfare</i>) (<i>sécurité sociale</i>)</li> <li>- Renforcement des obligations classiques de disponibilité au travail dans les systèmes de prestations de chômage et de l’assistance sociale (<i>sécurité sociale</i>)</li> <li>- Participation obligatoire à des mesures actives du marché du travail ou utilisation obligatoire des services sociaux (<i>sécurité sociale</i>)</li> </ul>

#### c. Le développement de droits, de services ou d’opportunités liés au travail

**231.** La troisième voie empruntée par les politiques d’activation consiste à développer les droits, les services et les opportunités liées au travail en vue de sécuriser le droit au travail. Lesdites mesures d’activation prennent pied dans le champ de la politique active de l’emploi. Nous incluons également les mesures parafiscales qui visent à augmenter la demande de travail peu qualifié, soit les réductions de cotisations sociales patronales. Ces mesures n’ont pas d’impact sur le degré de décommodification offert par les Etats-providence.

**232.** *Les représentations sociales du chômage et les soubassements politiques et idéologiques* – Cette dimension de l’activation, comme les deux autres, repose sur l’idée que le chômage structurel est lié à des dysfonctionnements du marché du travail et ne peut dès lors être efficacement combattu par une action sur la demande, laquelle conduirait inévitablement à l’inflation (théorie néo-classique du chômage). Mais à la différence des deux premières, elle ne lie pas le chômage structurel à des éléments de motivation mais à un problème d’adéquation entre les besoins du marché du travail et les qualifications des personnes sans emploi. Le chômage structurel n’est pas considéré comme volontaire (explication néo-libérale du chômage). Cette dimension de l’activation repose sur la conviction que les chômeurs ne sont pas embauchés parce que la valeur de leurs compétences (productivité) serait inférieure aux salaires en vigueur dans l’économie<sup>495</sup>.

La théorie néo-classique identifie également un effet d’hystérèse du chômage. En physique, l’hystérèse est définie comme « la propriété d’un système qui tend à demeurer dans un certain état quand la cause extérieure qui a produit le changement d’état a cessé »<sup>496</sup>. Après un choc macro-économique, il semble que le chômage structurel demeure élevé malgré le redémarrage

<sup>495</sup> Sur la distinction entre ceux qui ne peuvent pas travailler (les *cannots*) et ceux qui veulent travailler (*will nots*), voy. A. MOLANDER et G. TORSVIK, « *Getting People into Work...* », *op. cit.*, p. 2.

<sup>496</sup> Définition de Wikipédia (<http://fr.wikipedia.org/wiki/Hyst%C3%A9r%C3%A9sis>).

de l'économie. Des économistes ont mis en évidence que le taux de chômage d'équilibre pouvait ainsi être influencé par les niveaux du taux de chômage atteints par le passé ou, autrement dit, que le chômage d'équilibre tendait à s'approcher du taux de chômage effectif<sup>497</sup>. La dévalorisation du capital humain est un des facteurs centraux identifié par les économistes pour expliquer l'effet d'hystérèse. Au fur et à mesure que la période de chômage s'allonge, les chômeurs verraient leur capacité à retrouver du travail diminuer. Ce phénomène s'accroît avec l'accélération de l'évolution des compétences et des qualifications demandées sur le marché du travail. Il conduit à l'exclusion et à la marginalisation progressive des chômeurs de longue durée. Avec le temps, les chômeurs sont considérés par les employeurs comme moins productifs et moins rentable : leur « employabilité » diminue. Au niveau macro-économique, on peut donc dire que le chômage de longue durée a tendance à s'auto-entretenir.

**233.** *Description des mesures d'activation qui développent les droits, les services ou les opportunités liés au travail* – Suivant les explications retenues du chômage, la lutte contre le chômage passe soit par des actions visant à augmenter la productivité des chômeurs, soit par des actions visant à diminuer le coût du travail. Nous détaillons ci-dessous les mesures qui rentrent dans chacun de ces deux ensembles.

**234.** Parmi les mesures qui agissent sur la productivité des chômeurs, nous incluons les mesures actives du marché du travail qui agissent sur l'offre de travail (c'est-à-dire les services de placement, l'assistance dans la recherche d'emploi<sup>498</sup>, l'orientation et la formation professionnelle, les stages professionnels rémunérés, etc) et les services sociaux offerts aux personnes sans emploi (tels que la guidance psychologique et sociale, les cours d'alphabétisation, les services de garderie,...).

La plupart des réformes consistent à libérer des moyens supplémentaires en vue de développer l'une ou l'autre de ces mesures. Certaines réglementations engagent les Etats à faire tout ce qui est en leur pouvoir en vue d'assurer à l'ensemble des personnes sans emploi, ou à une catégorie particulière de chômeurs, qu'elles bénéficieront d'une des mesures endéans les x mois de chômage (obligations de moyens). En 2013, les Etats de l'Union européenne se sont ainsi fixés pour objectif de garantir aux jeunes l'offre d'un emploi, d'une formation, d'un apprentissage ou d'un stage dans les 4 mois qui suivent la perte d'emploi ou leur sortie d'enseignement<sup>499</sup>. A ce jour, peu de réformes ont consacré, dans les réglementations, un droit subjectif (et donc opposable à l'Etat et dont le respect peut être réclamé en justice) à bénéficier de ces mesures. On relèvera tout de même qu'un principe de réciprocité entre droit et devoir a été introduit en matière d'activation dans la réglementation danoise sur le chômage dès 1994, à l'occasion d'une réforme qui divisait la durée d'indemnisation du chômage en une

<sup>497</sup> P. PHELPS, *Inflation Theory and Unemployment Policy : The Cost-Benefit Approach to Monetary Planning*, London, Macmillan, 1972 ; O. BLANCHARD et L. SUMMERS, « Hysteresis And The European Unemployment Problem », *Macroeconomics Annual*, Vol. 1, 1986, pp. 15-90.

<sup>498</sup> Ces deux premières mesures actives du marché du travail sont souvent classées dans une catégorie à part parce que, plus qu'une action sur l'offre du travail, elles améliorent le fonctionnement du marché du travail et la rencontre de l'offre et de la demande de travail (En ce sens, C. ERHEL, *Les politiques de l'emploi*, Paris, PUF, 2009, p. 22).

<sup>499</sup> Recommandation du Conseil de l'Union européenne du 22 avril 2013 sur l'établissement d'une garantie pour la jeunesse, 2013/C120/01, *Journal officiel de l'Union européenne*, 26 avril 2013.

période d'un an de recherche active d'emploi suivie d'une période de trois ans d'activation. Durant cette seconde période, les chômeurs avaient l'obligation mais également le droit d'être activé au moins septante-cinq pour cent du temps. Depuis 2002, la distinction entre les deux périodes a été supprimée et les chômeurs ont à tout le moment le droit de recevoir une mesure d'activation et de la refuser si elle est inadéquate<sup>500</sup>.

Nous avons choisi de dissocier la question de la promotion des droits ou services liés au travail de la question du caractère obligatoire de ces mesures (cf. *supra*, n°128) afin de mettre en évidence que les explications du chômage qui les justifient sont différentes. Il nous appartient toutefois de souligner que la participation à ces mesures est généralement obligatoire, en ce compris dans les pays scandinaves<sup>501</sup>, ce qui implique qu'une explication mixte du chômage – reposant à la fois sur un manque de volonté et un déficit de compétences – est retenue (cf. *infra*, encadré 21 qui montre que ce type de mesures mobilise deux dimensions de l'activation). Nous observons dès lors que la participation à ces mesures est généralement une obligation faite aux chômeurs, sous peine de sanctions, alors qu'elle ne constitue pas dans leur chef, sauf exception, un droit dont le respect peut être exigé en justice.

**235.** Dans l'ensemble des mesures qui cherchent à augmenter les opportunités d'emploi par une baisse du coût du travail, nous incluons les mesures actives du marché du travail agissant sur la demande de travail (telles que les subventions à l'emploi dans le secteur privé, la création directe d'emplois dans le secteur public, les mécanismes d'aide au travail indépendant,...). Nous ajoutons à cette catégorie les mesures parafiscales qui visent à rendre le travail rémunérateur, à la condition qu'elles agissent sur la demande de travail (soit les réductions de cotisations sociales patronales). En effet, à la différence des mesures parafiscales qui agissent sur l'offre de travail (crédits d'impôt, bonus à l'emploi, allocation de transition), les réductions de cotisations sociales patronales n'ont en principe aucun impact sur le degré de décommodification des personnes sans emploi ; elles n'ont pas d'effet sur leurs salaires de réservation et n'augmentent donc pas la contrainte économique au travail.

**236.** Le développement de droits, de services ou d'opportunités liés au travail marque la volonté de raccrocher avec l'idéal de la conception réformiste du droit au travail. Par la réalisation d'un droit-créance à la sécurité sociale (droit supplétif au travail), la conception réformiste a permis pendant les Trente Glorieuses de sécuriser la liberté des individus de choisir leur emploi. Pour les promoteurs de la dimension de l'activation étudiée, le droit à l'indemnisation financière du chômage doit être maintenu mais n'est pas suffisant, dans le

---

<sup>500</sup> A ce sujet, voy. E. DERMINE, « La contrepartie dans l'assurance chômage : retranchement ou restructuration de la protection sociale », *Annales de droit de Louvain*, Vol. 68, n°1, 2008, pp. 49-50 ; voy. également : J. KVIST, L. PEDERSEN et A. KÖHLER, « Making All Persons Work : Modern Danish Labour Market Policies », in W. Eichhorst, O. Kaufmann et R. Konle-Seidl (dir.), *Bringing the Jobless into Work? Experiences with Activation Schemes in Europe and the US*, *op. cit.*, p. 223.

<sup>501</sup> Voy. not. : T. ANDERSEN et M. SVARER, « Flexicurity – Labour Market Performance in Denmark », CESifo Working Paper Series n°2108, 2007 ; J. KVIST, L. PEDERSEN et A. KÖHLER, « Making All Persons Work : Modern Danish Labour Market Policies », in W. Eichhorst, O. Kaufmann et R. Konle-Seidl (dir.), *Bringing the Jobless into Work? Experiences with Activation Schemes in Europe and the US*, *op. cit.*, pp. 223-224 ; M. BENGTSSON, « Transformation of Labour Market Policies in the Nordic Countries: Towards a Regime Shift in Sweden and Denmark? », ILERA World Congress 2012, Beyond Borders: Governance of Work in a Global Economy, Philadelphie, 2-5 Juillet 2012 ; H. JØRGENSEN, « Le récent recalibrage du marché du travail et du système de protection sociale au Danemark », *op. cit.*

nouvel environnement socio-économique, pour sécuriser le droit des individus à accéder à un emploi de leur choix. Nous avons vu, dans les deux premiers chapitres, que la conception réformiste, incluait un deuxième droit-créance supplétif au droit au travail : le droit de recevoir de l'aide du service public de l'emploi afin d'accéder à un emploi (lequel inclut le droit d'accès gratuit aux services de placement ainsi que le droit à l'orientation et à la formation professionnelles). On omet souvent d'en parler car ce droit est demeuré à l'état embryonnaire pendant les Trente Glorieuses, à l'exception notable du cas des Etats scandinaves (cf. *supra*, n°181). La plupart des réformes envisagées dans ce paragraphe contribuent à la réalisation de ce droit embryonnaire. D'autres, plus ambitieuses, visent à développer ce droit et à le rendre progressivement plus justiciable. En équipant les chômeurs des compétences nécessaires pour réintégrer le marché du travail et en réduisant le coût d'embauche des travailleurs défavorisés dans l'accès au marché du travail, les promoteurs de cette dimension de l'activation espèrent ainsi progressivement sécuriser la liberté des chômeurs d'accéder à un emploi de leur choix.

**237.** Plusieurs critiques sont formulées à l'encontre de cette dimension de l'activation. Dans un premier registre, il est avancé que ces mesures sont incapables de faire face au manque d'emplois<sup>502</sup>. Elles sont inefficaces à faire baisser le taux de chômage. Dans des économies en pénurie d'emplois, les mesures qui visent à agir sur la productivité des personnes sans emploi (formations, stages professionnels,...) seraient souvent des mesures occupationnelles. Au mieux, ces mesures, qu'elles agissent sur la productivité ou sur les opportunités liées au travail, améliorent les chances des bénéficiaires du programme d'accéder au marché du travail mais elles n'auraient, en toute hypothèse, aucun effet sur le droit au travail de la main-d'œuvre dans son ensemble. Les bénéficiaires d'une mesure active du marché du travail qui trouvent ensuite un emploi sur le marché du travail prendraient, par un effet de chaise musicale, la place d'autres individus qui auraient autrement accédé à ces emplois<sup>503</sup>. Dans cette hypothèse, les mesures qui développent les droits, les services ou les opportunités liés au travail auraient tout au plus pour effet de mieux répartir les risques du chômage sur la population (égalisation des risques et raccourcissement des périodes de chômage). Les auteurs de ces critiques avancent que la lutte contre le chômage devrait plutôt passer par des politiques keynésiennes ciblées de relance de la demande ou encore par la sécurisation d'un droit individuel au travail *via* la figure de l'Etat employeur de dernier ressort<sup>504</sup>.

Dans un second registre de critiques, certains estiment que ces mesures auraient un coût trop important alors que les systèmes de prestations sociales souffriraient déjà de problèmes de soutenabilité financière. Certains évoquent également le fait que cette dimension de l'activation ne permettrait pas de lutter contre le chômage qui serait en réalité lié à un manque de motivation des personnes sans emploi.

---

<sup>502</sup> P. HARVEY, « Securing the Right to Work and Income Security », in E. Dermine et D. Dumont (dir.), *Activation Policies for the Unemployed, the Right to Work and the Duty to Work*, Bruxelles, PIE-Peterlang, 2014, pp. 230-235.

<sup>503</sup> Voy. notamment : P. HARVEY, « Securing the Right to Work and Income Security », *op. cit.*, p. 230; B. Crépon, E. Duflo, M. Gurgand, R. Rathelot, P. Zamora, « Do Labor Market Policies Have Displacement Effects ? Evidence from a Clusterized Randomized Experiment », National Bureau of Economic Research Working Paper n°18597, Décembre 2012.

<sup>504</sup> P. Harvey, « Securing the Right to Work and Income Security », *op. cit.*, pp. 230-235.

Ces critiques se rapprochent des critiques exprimées à l'encontre de la conception réformiste du droit au travail. Dans le contexte économique et international actuel, la liberté de choisir son emploi dont dépend l'épanouissement des individus demeurerait une liberté formelle, vu le manque d'emplois. Par ailleurs, dans des sociétés dont le bon fonctionnement repose sur la participation de chacun au marché du travail, le fait qu'une partie importante de la population soit au chômage et bénéficie de mesures d'activation, grâce au travail des autres, a des répercussions négatives sur la cohésion sociale.

**Encadré 20 – L'activation par le développement de droits, de services ou d'opportunités liées au travail**

<b>Les représentations sociales du chômage et les soubassements idéologiques</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Chômage lié à un manque de productivité au regard des salaires en vigueur dans l'économie</li> <li>- Chômage de longue durée entretenu par un effet d'hystérèse</li> </ul>
<b>Les mesures-types</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Mesures qui agissent sur la productivité des travailleurs (mesures actives du marché du travail qui agissent sur l'offre de travail et services sociaux offerts aux personnes sans emploi) (<i>politique active de l'emploi</i>)</li> <li>- Mesures qui agissent sur le coût du travail <ul style="list-style-type: none"> <li>o Mesures actives du marché du travail qui agissent sur la demande de travail (<i>politique active de l'emploi</i>)</li> <li>o Mesures visant à rendre le travail rémunérateur qui agissent sur la demande de travail (<i>politique fiscale ou parafiscale</i>)</li> </ul> </li> </ul>

**Encadré 21 – Classement des mesures d’activation des personnes sans emploi en fonction du/des moyen(s) mobilisé(s) en vue de réaliser le droit au travail**

Renforcement de la contrainte économique au travail	Renforcement de la contrainte juridique au travail	Octroi de services ou de droits liés au travail
Diminution de la durée ou du montant des prestations de chômage et de l’aide sociale <i>(sécurité sociale)</i>		Participation libre à des mesures actives du marché du travail Utilisation libre de services sociaux <i>(politique active de l’emploi)</i>
Crédits d’impôt, bonus à l’emploi <i>(politique fiscale ou parafiscale)</i>		Réductions de cotisations patronales <i>(politique fiscale ou parafiscale)</i>
	Participation obligatoire à des mesures actives du marché du travail Utilisation obligation de services sociaux <i>(sécurité sociale)</i>	
Elargissement des obligations classiques de disponibilité passive et de disponibilité active pour l’emploi dans les systèmes de prestations de chômage ou de l’aide sociale Subordination de l’octroi des prestations de chômage ou de l’aide sociale à l’accomplissement de prestations de travail non-rémunérées <i>(sécurité sociale)</i>		

### Conclusion du Chapitre 3

**238.** Les réformes visant à activer les personnes sans emploi qui se développent dans les pays industrialisés depuis le début des années 1990 apparaissent comme des tentatives de réponses à la crise d’efficacité et de soutien social que rencontre le modèle réformiste de réalisation du droit au travail depuis la fin des années 1970, suite aux mutations du contexte socio-économique. A travers cette grille de lecture de la crise, nous apportons un regard critique sur l’affirmation suivant laquelle l’activation des personnes sans emploi sonnerait le glas de l’objectif de décommodification poursuivi à travers la mise en place des Etats-providence. Nous montrons que l’activation par la recommodification des individus est une des options politiques mais que d’autres voies sont proposées en vue de promouvoir l’insertion sur le marché du travail des personnes sans emploi.

**239.** Plus précisément, nous identifions trois voies qu'empruntent les mesures d'activation en vue d'accroître les transitions vers l'emploi des bénéficiaires de prestations de non-emploi : l'accroissement de la contrainte économique au travail (logique de reconditionnement), le renforcement de la contrainte juridique de travailler au sein des systèmes de sécurité sociale et le développement de droits, de services ou d'opportunités liés au travail. En fonction de la manière dont les Etats combinent ces trois voies à travers leurs réformes d'activation, ils opèrent des réarbitrages variés entre le droit et le devoir de travailler des personnes sans emploi et s'opérera éventuellement un glissement vers la conception libérale du droit au travail, vers la conception socialiste du droit, voire une adaptation ou un renouvellement de la conception réformiste d'après-guerre du droit au travail.

**240.** Enfin, nous avons mis en évidence à travers ce chapitre que la tension momentanément apaisée entre le droit et le devoir de travailler durant l'âge d'or de la conception réformiste étaient réapparues à la fin des années 1970. Dans ce contexte, réapparaît le risque que la fonction économique et sociale du travail 'emporte sur sa fonction dans l'épanouissement des individus.

## Conclusion du Titre 1

**241.** La recherche s'est ouverte sur la question initiale suivante : comment la jurisprudence internationale relative au droit au travail encadre-t-elle le développement des politiques nationales d'activation des personnes sans emploi ? Cette action est-elle légitime et efficace ? Dans une première étape de la recherche, nous nous sommes attelés à la contextualisation historique et politique de la question de recherche. En conclusion, nous revenons brièvement sur les principaux enseignements des trois chapitres. Nous montrons ensuite que le travail de contextualisation confirme la pertinence de la question de recherche et la nécessité d'élucider la question des conditions dans lesquelles la jurisprudence internationale pourra légitimement et efficacement actualiser les exigences concrètes qui découlent du droit au travail. Enfin, l'analyse historique et politique de l'émergence de l'idée du droit au travail et de sa construction sur le plan juridique nous permet de faire le choix d'un cadre théorique, qui sera développé dans le deuxième titre, en vue d'évaluer, dans le troisième titre, l'action de la jurisprudence internationale relative au droit au travail face au développement des politiques d'activation des personnes sans emploi.

**242.** Dans le premier chapitre, nous avons montré que l'histoire du droit au travail de la fin du 18<sup>ème</sup> siècle au début du 20<sup>ème</sup> est traversée par la montée en puissance d'un dilemme, sur lequel butent les dirigeants politiques, qu'ils soient libéraux ou socialistes, lorsqu'ils œuvrent à la réalisation du droit au travail. Ces derniers ne parviennent pas à sécuriser de manière concomitante le droit au travail dans ses dimensions de créance et de liberté. Pendant les Trente Glorieuses, la conception réformiste du droit au travail va parvenir à dépasser ce dilemme grâce à l'institution du droit à la sécurité sociale, et plus particulièrement du droit à l'indemnisation du chômage involontaire.

Dans le deuxième chapitre, l'exégèse des travaux préparatoires des pactes internationaux d'après-guerre a révélé une formulation du droit au travail ouverte et indéterminée, qui permettait aux Etats du Bloc de l'Est comme aux Etats du bloc de l'Ouest de s'y retrouver. Par contre, nous avons observé que, dans son application, que ce soit à travers la jurisprudence internationale ou les normes internationales de mise en œuvre, le droit au travail dans le droit international des droits humains se fondait avec la conception réformiste du droit au travail.

Dans le troisième et dernier chapitre, nous montrons que suite aux mutations du contexte économique et international, la conception réformiste apparaît incapable de réaliser le droit au travail dès la fin des années 1970 et fait l'objet d'une crise de légitimité. Le dilemme entre les dimensions du droit au travail ressurgit et, avec lui, les tensions entre le droit et le devoir de travailler. Les politiques d'activation des personnes sans emploi sont présentées comme une tentative de réponse apportée à la crise d'efficacité rencontrée par le modèle réformiste. En fonction des voies empruntées afin d'activer les personnes sans emploi (accroissement de la contrainte économique de travailler, renforcement de la contrainte juridique de travailler ou développement de droits, de services ou d'opportunités liés au travail), les politiques d'activation nationales ont des incidences variables sur la balance entre le droit et le devoir de



travailler. Ce faisant, elles procèdent à un ajustement ou à un renouvellement des conceptions politiques du droit au travail.

**243.** La contextualisation historique et politique de la question de recherche révèle la difficulté et le caractère délicat de la mission à laquelle est confrontée la jurisprudence internationale des droits humains. Elle doit se prononcer sur le développement d'un phénomène nouveau, les politiques d'activation des personnes sans emploi, à l'aide d'un outil - le droit au travail dans le droit international des droits humains - qui apparaît, sous certains aspects, dépassé. En conclusion de l'ouvrage codirigé avec Daniel Dumont sur les politiques d'activation des personnes sans emploi, le droit au travail et le devoir de travailler, Olivier De Schutter écrivait à ce propos :

« the human rights instruments that are most relevant to this debate (...) were drafted under very different circumstances, when the achievement of full employment was still seen as a real long-term possibility,<sup>505</sup> and when economic growth was strong enough to compensate for the jobs destruction resulting from technological progress. But these circumstances have changed dramatically. Is the resulting human rights regime well suited to meet the challenges of today? Or should we rethink the human rights framework in order to take into account the changes that have taken place since the post-Second World War period? Is there a danger that, unless we thus redefine the contribution of human rights, human rights will be dismissed as an obstacle to much-needed reforms of social and employment policies – and seen as irrelevant at best, or ignored entirely, at worst? »<sup>506</sup>.

Dans ce contexte, il apparaît essentiel de mener une réflexion sur les conditions dans lesquelles la jurisprudence internationale relative aux droits humains peut efficacement et légitimement participer au renouvellement des politiques sociales.

**244.** Le travail de contextualisation historique et politique de la construction juridique du droit au travail nous oriente dans le choix d'un cadre théorique qui permettra d'envisager cette question normative.

Le détour par l'histoire nous permet d'affirmer que le droit au travail n'est pas un principe naturel ou universel. L'idée du droit au travail s'impose dans les sociétés libérales modernes fondées sur le travail. A partir du moment où l'on entend fonder la cohésion et le bien-être de la société sur le travail, s'impose, dans la foulée de l'obligation morale de travailler des individus vis-à-vis de la société, l'exigence réciproque dans le chef de la société d'assurer un emploi à chaque individu. Il s'agit d'une exigence démocratique qui s'impose progressivement dans des sociétés où le travail tend à devenir le seul moyen d'assurer sa subsistance et de s'intégrer dans la société.

Nous avons par ailleurs pu observer que le contenu du droit au travail évolue au cours du temps. Le droit au travail doit, dans un premier temps, assurer un revenu de subsistance aux

---

<sup>505</sup> See W. BEVERIDGE, *Full Employment in a Free Society*, London, Allen & Unwin, 1944.

<sup>506</sup> O. DE SCHUTTER, « Activation Policies for the Unemployed: Re-defining a Human Rights Response », in E. Dermine et D. Dumont (dir.), *Activation Policies for the Unemployed, The Right to Work and the Duty to Work*, Bruxelles, PIE-Peter Lang, 2014, à paraître.

individus. Le travail se voit ensuite assigner une fonction intrinsèque : il doit permettre aux individus de se réaliser. A cette fin, le droit au travail se voit affubler d'une seconde dimension, une dimension de liberté. Afin que le travail soit épanouissant, il doit être librement choisi.

Enfin, il ressort des trois chapitres que le droit au travail ne s'est pas seulement conçu comme une limite à l'action de l'Etat. Il protège, certes, la liberté individuelle de travailler ou de ne pas travailler (*via* l'interdiction du travail forcé et le droit au travail librement entrepris) mais il constitue également un objectif vers lequel doivent tendre les politiques économiques et sociales.

Ces trois observations nous amènent à privilégier *une approche démocratique des droits humains*. Suivant cette approche, les droits humains sont fondés sur l'institution de la démocratie et non pas sur l'idée d'une essence universelle et définitive de l'homme. Cette approche défend par ailleurs une vision évolutive et ouverte des droits et de leur contenu plutôt qu'une vision définitive et absolue des droits. Elle s'oppose à toute instrumentalisation idéologique des droits qui viserait à se fonder sur une prétendue essence de l'homme pour imposer une vision définitive de la société qui échapperait à la démocratie. Dans cette approche, les droits humains ne sont par ailleurs pas seulement considérés comme une limite à l'action publique, ils font également partie des enjeux de la volonté collective, autour desquels s'articule la mise en débat de la légitimité et de l'efficacité des politiques sociales.

En ce qui concerne le rôle de la jurisprudence internationale dans l'actualisation des exigences concrètes qui découlent du droit au travail, nous avons observé que sa mission était particulièrement délicate sur les plans de la légitimité démocratique et de l'efficacité. Le contexte socio-économique ne cesse d'évoluer, de nouveaux risques et de nouveaux besoins se font sentir et les exigences minimales qui découlent du droit au travail apparaissent dépassées par rapport à ces évolutions. Face à ces changements, les conceptions politiques du droit au travail sont progressivement en train de se réajuster et de se renouveler. Au vu de ces éléments, nous souhaitons opter pour *une action démocratique de la jurisprudence internationale qui régénère le politique*. Nous entendons par là une approche qui vivifie le débat démocratique en encourageant l'expérimentation par les Etats, tout en veillant à ce que la fonction de cohésion sociale du travail ne prenne pas le pas sur sa fonction dans l'épanouissement des individus et que le droit au travail ne se mue pas progressivement en un devoir de travailler.

## Bibliographie sélective de l'introduction et du Titre 1

ADLER, M., « Social Security and Social Welfare », in Cane, P. et H. Kritzer, H. (dir.), *Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 399-423.

ALSTON, P., « Assessing the Strengths and Weaknesses of the European Social Charter's Supervisory System », in de Burca, G., de Witte, B. et Ogertschnig, L. (dir.), *Social Rights in Europe: Changes and Challenges*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 45-67.

ANDERSEN, T. M. et SVARER, M., « The Role of Workfare in Striking a Balance between Incentives and Insurance in the Labour Market », *Economica*, Vol. 81, n°321, 2014, pp. 86-116.

ANDERSEN, T. et SVARER, M., « Flexicurity – Labour Market Performance in Denmark », CESifo Working Paper Series n°2108, 2007

ANGERS, K., « La gouvernance des politiques d'activation en Europe : Qu'est-ce qu'une revue de la littérature nous apprend ? », *Canada-Europe. Dialogue transatlantique, Policy Paper*, Janvier 2011.

ARNI, P., LALIVE, R. et VAN OURS, J.-C., « How Effective are Unemployment Benefit Sanctions ? Looking Beyond Unemployment Exit », *Journal of applied econometrics*, Vol. 28, n°7, Novembre/Décembre 2013, pp. 1153-1178.

ASCENSIO, H., « La notion de juridiction internationale en question », in Société française pour le droit international (éd.), *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2003, pp. 163-202.

ASHIAGBOR, D., « Article 15 Freedom to Choose an Occupation and Right to Engage in Work, and Article 29, Right of Access to Placement Services », in Peers, S., Hervey, T. et Kenner, J. (dir.), *Commentary on the EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 423-435.

ASHIAGBOR, D., « The Right to Work », in de Burca, G. et de Witte B. (dir.), *Social Rights in Europe: Changes and Challenges*. Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 241-259.

ASHIAGBOR, D., *The European Employment Strategy: Labour Market Regulation and New Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

AUER, P., EFENDIOGLU, Ü. et LESCHKE, J., *Active Labour market Policies around the World. Coping with the Consequences of Globalization*, Genève, Organisation internationale du travail, 2008.

BAILLEUX A., « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et son application « sectorielle » », in S. Vandrooghenbroeck (dir.), *Le droit international et européen devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 38-48.

BALHLE, T., PFEIFER, M. et WENDT, C., « Social Assistance », in F. G. Castles (dir.), *The Oxford Handbook of the Welfare State*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 448-461.

BANAKAR, R., *Law through Sociology's Looking Glass : Conflict and Competition in Sociological Studies of Law*, in A. Denis et D. Kalekin-Fishman (dir.), *The New ISA Handbook in Contemporary International Sociology : Conflict, Competition, and Cooperation*, Londres, Sage, 2009, pp. 58-73.

BARBIER, J.-C. and KNUTH, M., « Of Similarities and Divergences: Why There Is no Continental Ideal-Type of 'Activation Reforms' », Paris, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, Centre d'économie de la Sorbonne, *CES Working Papers*, n°2010-75, 2010.

BARBIER, J.-C., « Citoyenneté, flexibilité et formes d'activation de la protection sociale en Europe/Citizenship, Flexibility and the Diversity of Approaches to Activating Social Protection in Europe », in Conseil de l'Europe, « Concilier flexibilité du travail et cohésion sociale, un défi à relever », *Tendances de la cohésion sociale* n° 15, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2005, pp. 227-245.

BARBIER, J.-C., « Analyse comparative de l'activation de la protection sociale en France, Grande-Bretagne, Allemagne et Danemark dans le cadre des lignes directrices de la stratégie européenne pour l'emploi », Rapport de recherches pour la DARES, Ministère du travail, Centre d'études de l'emploi, Janvier 2006, <http://eucenter.wisc.edu/OMC/Papers/EES/barbier.pdf>.

BARBIER, J.-C., « L' 'activation' de la protection sociale, existe-t-il un modèle français ? », in A.-M. Guillemard (dir.), *Où va la protection sociale ?*, Paris, PUF, 2008, pp. 165-182.

BARBIER, J.-C., « Le workfare et l'activation de la protection sociale, vingt ans après : beaucoup de bruit pour rien ? », *Lien social et Politiques*, 2009, n°61, pp. 23-36

BARBIER, J.-C., « Research on 'Open Methods of Coordination' and National Social Policies: What Sociological Theories and Methods? » in T. Bredgaard et F. Larsen, (dir.), *Employment Policy from Different Angles*, Copenhagen, DJØEF Publishing, 2005, pp. 47-74.

BARBIER, J.-C., « The European Employment Strategy, a Channel for Activating Social Protection ? », in J. Zeitlin, P. Pochet et L. Magnusson, *The Open Method of Coordination in Action : The European Employment and Social Inclusion Strategies*, Bruxelles, PIE-Peter Lang, 2004, pp. 415-445.

BENGTTSSON, M., « Transformation of Labour Market Policies in the Nordic Countries: Towards a regime shift in Sweden and Denmark? », ILERA World Congress 2012, *Beyond Borders: Governance of Work in a Global Economy*, Philadelphie, 2-5 Juillet 2012.

BERGMARK, A., « Prêts à travailler ? Les politiques d'activation en Suède au cours des années quatre-vingt-dix », *Revue française des affaires sociales*, n°4, 2003, pp. 273-289.

BERTHET, T. et BOURGEOIS, C., « Towards 'Activation-Friendly' Integration ? Assessing the Progress of Activation Policies in Six European Countries », *International Journal of Social Welfare*, 2014, pp. 23-39.

BEVERIDGE, W. H., *Full Employment in a Free Society*, Londres, George Allen & Unwin LTD, 1944.

BLACKETT, A., « Emancipation in the Idea of Labour Law », in G. Davidov et B. Langille, *The Idea of Labour Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 420-436

BLANCHARD, O. et SUMMERS, L., « Hysteresis and The European Unemployment Problem », *Macroeconomics Annual*, 1986, Vol. 1, pp. 15-90.

BONVIN, J.-M. et BURNAY, N., « Le tournant procédural des politiques de l'emploi : des situations nationales contrastées », *Recherches sociologiques*, Vol. 31, n°2, 2000, pp. 5-27.

BONVIN, J.-M. et MOACHON, E., « L'activation et son potentiel de subversion de l'Etat social », in P. Vielle, P. Pochet et I. Cassiers, *L'Etat social actif. Vers un changement de paradigme ?*,

BONVIN, J.-M., « The Rhetoric of Activation and its Effects on the Definition of the Target Groups of Social Integration Policies », in A. Serrano Pascual (dir.), *Activation Policies for Young People in International perspective*, Bruxelles, ETUI, 2002, pp. 101-126.

BOUQUIN, S., « Social Minima in Europe: the Risks of Cumulating Income-Sources », *USBIG Discussion Paper Series*, n°20, Février 2002.

BOYER, R., « Changement d'époque...mais diversité persistante des systèmes de protection sociale », in P. Vielle, P. Pochet et I. Cassiers (dir.), P. Vielle, P. Pochet et I. Cassiers (dir.), *L'Etat social actif. Vers un changement de paradigme ?*, Bruxelles, P.I.E.-Peter Lang, 2005, pp. 33-59.

BRILLAT, R., « The Supervisory Machinery of ESC : Recent Developments and their Impact », in De Burca, G. et De Witte, B. *Social Rights in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 32-37.

BROWN, W. « Neo-Liberalism and the End of Liberal Democracy », *Theory and Event*, Vol. 7, n°1, 2003.

CARCILLO, S. et GRUBB, D., « From Inactivity to Work : the Role of Active Labour Market Policies », *OECD Social, Employment and Migration Working Papers*, n°36, DELSA/ELSA/WD/SEM(2006)5, 23 octobre 2006.

CASSIERS, I. et LEBEAU, E., « De l'Etat providence à l'Etat social actif. Quels changements de régulation sous-jacents ? », in P. Vielle, P. Pochet et I. Cassiers (dir.), *L'Etat social actif. Vers un changement de paradigme ?*, Bruxelles, P.I.E.-Peter Lang, 2005, pp. 99-113.

CASTEL, C., « Travail et utilité au monde », *Revue internationale du travail*, 1996, n° 6, pp. 27-28.

CASTEL, R., *Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*, Gallimard, Paris, 2010 (originellement publié en 1995).

CHAPMAN, A. R. « A 'Violations Approach' for Monitoring the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », *Human Rights Quarterly*, Vol. 18, n°1, 1996, pp. 23-66.

CHKHIKVADZE, V., « La conception socialiste des droits de l'homme, in A. LAPEYRE, F. DE TINGUY et K. VASAK (dir.), *Les dimensions universelles des droits de l'homme*, Vol. 1, Bruylant, Bruxelles, 1990, pp. 253-263.

CLASEN, J., « Motives, Means and Opportunities : Reforming Unemployment Compensation in the 1990s », *West European Politics*, 2000, Vol. 23, n°2, pp. 89-112.

CLAYTON, R. et PONTUSSON, J., « Welfare State Retrenchment Revisited. Entitlement Cuts, Public Sector Restructuring and Inegalitarian Trends in Advanced Capitalist Societies », *World Politics*, Vol. 51, n°1, 1998, pp. 67-98.

Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires de la Charte sociale européenne* (édition provisoire), Volume I à IV, Strasbourg.

Conseil de l'Europe, *Emploi, orientation et formation professionnelles dans la Charte sociale européenne, Etude établie sur la base de la jurisprudence du Comité européen des droits sociaux*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2000.

CRAVEN, M., *The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights: a Perspective on its Development*, Oxford, Clarendon, 1995.

DE BURCA, G., « The Future of Social Rights in Europe », in G. De Burca et B. De Witte, *Social Rights in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 3-14.

DE LE COURT, A., « Precarious Work and the Obligation of Unemployed to Accept 'Suitable' Employment », Papier présenté lors de la deuxième conférence du Labour Law Research Network, Amsterdam les 25, 26 et 27 juin 2015.

DE NANTEUIL-MIRIBEL, M. et POURTOIS, H., « L'Etat social actif : une réponse au défi de l'intégration par le travail ? », in P. Vielle, P. Pochet et I. Cassiers (dir.), *L'Etat social actif. Vers un changement de paradigme ?*, Bruxelles, P.I.E.-Peter Lang, 2005, pp. 323-350.

DE SCHUTTER, O., « Welfare State Reform and Social Rights », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 33, n°2, 2015, pp. 123-162.

DE SCHUTTER, O., « Activation Policies for the Unemployed: Re-defining a Human Rights Response », in E. Dermine et D. Dumont (dir.), *Activation Policies for the Unemployed, The Right to Work and the Duty to Work*, Bruxelles, PIE-Peter Lang, 2014, pp. 255-277.

DE SCHUTTER, O., « Le Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », *Revue belge de droit international*, Vol. 39, n°1, 2006, pp. 1-57.

DE SCHUTTER, O., *International Human Rights Law*, Second Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

DEAKIN, S. et WILKINSON, F., *The Law of the Labour Market*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

DENÈVE, C., « Van recht op arbeid naar recht op (nuttig) werk », in X. (dir.), *Liber Amicorum Roger Blanpain*, Bruges, Die Keure, 1998, pp. 311-338.

DERMINE, E. et DUMONT, D. (dir.), *Activation Policies for the Unemployed, the Right to Work and the Duty to Work*, Bruxelles, P.I.E.-Peter Lang, 2014.

DERMINE, E. et DUMONT, D., « Activation Policies for the Unemployed, the Right to Work and the Duty to Work: Which Interactions? », in E. Dermine et D. Dumont (dir.), *Activation Policies for the Unemployed, the Right to Work and the Duty to Work*, Bruxelles, PIE-Peter Lang, 2014, pp. 11-20.

DERMINE, E., « Activation Policies for the Unemployed and the International Human Rights Case Law on the Prohibition of Forced Labour », in Dermine, E. et Dumont, D. (dir.), *Activation Policies for the Unemployed, the Right to Work and the Duty to Work*, Bruxelles, P.I.E.-Peter Lang, 2014, pp. 103-138.

DERMINE, E., « Activation Policies for the Unemployed, the Right to Work and the Duty to Work: Which Interactions? », in E. Dermine et D. Dumont (dir.), *Activation Policies for the Unemployed, the Right to Work and the Duty to Work*, Bruxelles, PIE-Peter Lang, 2014, pp.139-177.

DERMINE, E., « Suitable Employment and Job of Quality », in P. Vielle and S. Borelli (dir.), *Quality of Employment in Europe. Legal and Normative Perspective*, Brussels, PIE-Peter Lang, 2012, pp. 157-180.

DERMINE, E., « L'emploi convenable, une notion à réinvestir », in J.-F. Neven et S. Gilson, *La réglementation du chômage : vingt ans d'application de l'arrêté royal du 25 novembre 1991*, Waterloo, Kluwer, 2011, pp. 135-162.

DERMINE, E., « La contrepartie dans l'assurance chômage : retranchement ou restructuration de la protection sociale », *Annales de droit de Louvain*, Vol. 68, n°1, 2008, pp. 1-95.

DINGELDEY, I., « Between Workfare and Enablement – The Different Paths to Transformation of the Welfare State: A Comparative Analysis of Activating Labour Market Policies », *European Journal of Political Research*, Vol. 46, n°6, 2007, pp. 823-851.

DUFOUR, P., BOISMENU, G. NOËL, A., *L'aide au conditionnel. La contrepartie dans les mesures envers les personnes sans emploi en Europe et en Amérique du Nord*, Bruxelles, PIE-Peter Lang, 2003.

DUMONT, D., « Activation Policies for the Unemployed in the United States : Work First », in E. Dermine et D. Dumont (dir.), *Activation Policies for the Unemployed, the Right to Work and the Duty to Work*, Bruxelles, PIE-Peter Lang, 2014, pp.139-177.

DUMONT, D., « Activation rime-t-elle nécessairement avec stigmatisation ? Une mise en perspective critique du procès de l'Etat social actif », *Droit et société*, n° 78, 2011, pp. 447-471.

DUMONT, D., « Les traductions de l' "activation". La douce européanisation des systèmes nationaux de protection sociale », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2009/2, Vol. 63, pp. 60-85.

DUMONT, D., *La responsabilisation des personnes sans emploi en question*, Bruxelles, La Charte, 2012.

DWORKIN, G., « Paternalism », in R. Sartorius (dir.), *Paternalism*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1984, pp. 19-34.

EBOBRAH, S. T., « International Human Rights Courts », in C. Romano, K. J. Alter et Y. Shany, *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 237.

EGGERTSSON, G. B. et KRUGMAN, P., « Debt, Deleveraging, and the Liquidity. Trap: A Fisher-Minsky-Koo approach », *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 127, n°3, pp. 1469-1513.

EICHHORST, W. et KONLE-SEIDL, R., « Contingent Convergence : A Comparative Analysis of Activation Policies », IZA Discussion Paper n°3905, 2008.

EICHHORST, W., KAUFMANN, O. et KONLE-SEIDL, R. (dir.), *Bringing the Jobless into Work? Experiences with Activation Schemes in Europe and the US*, Berlin/Heidelberg, Springer-Verlag, 2008.

ELEVELD, A. et PAZ-FUCHS, A., « Workfare Revisited ? », Papier présenté lors de la deuxième conférence du Labour Law Research Network, Amsterdam les 25, 26 et 27 juin 2015.

ELEVELD, A., « The Duty to Work Without a Wage : a Legal Comparison between Social Assistance Legislation in Germany, The Netherlands and the United Kingdom », *European Journal of Social Security*, Vol. 16, n°3, 2014, p. 204-224.

ELKIN, N. and SU THOMAS, M., « Le droit au travail », in J.-M. Thouvenin et A. Trebilcock (dir.), *Le droit international social. Droits économiques, sociaux et culturels*, Tome 2, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 913-935.



ELSTER, J., « Is There (or Should There Be) a Right to Work? », in A. GUTMAN (dir.), *Democracy and the Welfare State*, Princeton, Princeton University Press, 1988, pp. 53-78.

ERHEL, C., *Les politiques de l'emploi*, Paris, PUF, 2009,

ESPING-ANDERSEN, G., *Social Foundations of Postindustrial Economies*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

ESPING-ANDERSEN, G., *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge, Polity Press, 1990.

ESPING-ANDERSEN, G., *Welfare States in Transition : National Adaptations in Global Economies*, Londres, Sage Publications, 1996.

FERRY, J.-M., « Crise et critique de l'Etat social », *Revue belge de sécurité sociale*, Vol. 49, n°2, 2007, pp. 263-284.

FINN, D., « Welfare to Work : the Local Dimension », *Journal of European Social Policy*, Vol. 10, n°1, 1999, pp. 43-57.

FREDRIKSSON, P. et HOLMLUND, B., « Improving Incentives in Unemployment Insurance: A Review of Recent Research », *Journal of Economic Surveys*, 2006, Vol. 20, n°3, pp. 357-386.

FREEDLAND, M., CRAIG, P., JAQUESON C. et KOUNTOURIS, N., « Active Labour Market Policies : Between 'Right to Work' and 'Workfare' », in *Public Employment Services and European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 195-231.

FREYSSINET, J., « Plein emploi, droit au travail, emploi convenable », *Revue de l'IRES*, n°34, 2000, Vol. 3, pp. 23-58.

GALLIE, D. et PAUGAM, S., *Welfare Regimes and the Experience of Unemployment in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

GARNIER, J., (éd.), *Le droit au travail à l'Assemblée Nationale. Recueil complet de tous les discours prononcés dans cette mémorable discussion*, Paris, Guillaumin, 1848.

GARRATY, J., *Unemployment in History : Economic Thought and Public Policy*, New York, Harper and Row, 1978.

GARRETT, G., « Capital Mobility, Trade, and the Domestic Politics of Economic Policy », *International Organization*, Vol. 49, n°4, 1995, pp. 657-687.

GARRETT, G., *Partisan Politics in the Global Economy*, Cambridge, Cambridge University press, 1998.

GUNDT, N., « The Right to Work. EU Activation Policies and National Unemployment Benefit Schemes », *European Labour Law Journal*, Vol. 5, n°3-4, pp. 349-365.

GUNDT, N., « EU Activation Policies and their Effects on the Fundamental Social Right to Work », *European Journal of Social Law*, Vol. 2, n°2, 2013, pp. 147-161.

HANDLER, J., « Social Citizenship and Workfare in the US and Western Europe : from Status to Contract », *Journal of European Social Policy*, Vol. 13, n°3, 2003, pp. 229-243.

HARVEY, P., « Human Rights and Economic Policy Discourse: Taking Economic and Social Rights Seriously », *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 33, n°2, 2001-2002, pp. 363-471.

HAWKESWORTH, M., « Workfare and the Imposition of Discipline », *Social Theory and Practice*, Vol. 11, n°2, 1985, pp. 163-181.

HEIKKILÄ, M., « In summary », in M. Heikkilä, *Linking Welfare and Work*, Dublin, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 1999, pp. 87-91.

HEMERIJCK, A., *Changing Welfare States*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

HENKIN, L., « Rights : Here and There », *Columbia Law Review*, Vol. 81, n°8, 1981, pp. 1582-1610.

HENNEBEL, L., *La jurisprudence du Comité des droits de l'homme. Le pacte international relatif aux droits civils et politiques et son mécanisme de protection individuelle*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2007.

HENNING, C., « Liberalism, Perfectionism and Workfare », *Analyse & Kritik*, 2009, Vol. 1, p. 162.

HEPPLE, B., « A Right to Work ? », *Industrial Law Journal*, Vol. 10, n°65, 1981, pp. 65-83.

HOOP, R., « Political-Philosophical Perspectives on the Duty to Work in Activation Policies for the Unemployed », in E. DERMINE et D. DUMONT (dir.), *Activation Policies for the Unemployed, Right to Work and Freedom of Work*, Bruxelles, P.I.E.-Peter Lang, 2014, pp. 33-56.

HUMPHREY, J.-P., *Human Rights and the United Nations : A Great Adventure*, New York, Transnational Publishers, 1984.

HUO, J., NELSON, M. et STEPHENS, J. D., « Decommodification and Activation in Social Democratic Policy : Resolving the Paradox », *Journal of European Social Policy*, 2008, Vol. 18, n°1, pp. 5-20.

HVINDEN, B. et JOHANSSON, H. (dir.), *Citizenship in Nordic Welfare States – Dynamics of choice, duties and participation in a changing Europe*, Routledge, New York, 2007.

IVERSEN, T. et WREN, A., « Equality, Employment and Budgetary Restraint : the Trilemma of the Service Economy », *World Politics*, Vol. 50, Juillet 1998, pp. 507-546.

IVERSEN, T., « The Dynamics of Welfare State Expansion : Trade Openness, De-Industrialization, and Partisan Politics », in P. Pierson, *The New Politics of the Welfare State*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 45-79.

JESSOP, B., *The Future of the Capitalist State*, Cambridge, Polity Press, 2002.

JØRGENSEN, H., « Le récent recalibrage du marché du travail et du système de protection sociale au Danemark », *Politiques sociales et familiales*, 2013, Vol. 112, n°112, pp. 15-27.

JOUANNET, E., « La notion de jurisprudence internationale », in Société française pour le droit international (éd.), *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2003, pp. 343-391.

KANANEN, J., *The Nordic Welfare State in Three Eras. From Emancipation to Discipline*, Farnham, Ashgate, 2014.

KARAGIANNIS, S., « La multiplication des juridictions internationales: un système anarchique? », Société française pour le droit international (éd.), *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2003, pp. 7-161.

KENDE, P., « L'intérêt personnel dans le système d'économie socialiste », *Revue économique*, Vol. 10, n°3, 1959, pp. 340-364.

KENWORTHY, L., « Labour Market Activation », in F. Castles (dir.), *The Oxford Handbook of the Welfare State*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 435-446.

KING, D., *In the name of liberalism. Illiberal Social Policy in the United States and Britain*, Oxford, Oxford University press, 1999.

KNOTZ, C. et NELSON, M., «Quantifying 'Conditionality' : A New Database on Conditions and Sanctions for Unemployment Benefit Claimants », paper prepared for the 2013 ESPAnet conference (Poznan, September 5-7) , *SSRN Working Papers*, 2013.

KRISTENSEN, H., « Right to Employment », in N. Johanson et M. Mikkola, *Reform of the European Social Charter*, Actes du colloque des 8 et 9 février 2011, Porvoo, Publications du Ministre finnois des Affaires étrangères, 2011

KVIST, J., « Les stratégies scandinaves d'activation dans les années quatre-vingt-dix : vers un remaniement du concept de citoyenneté sociale et du modèle social scandinave », *Revue française des affaires sociales*, n°4, 2003, pp. 193-222.

KVIST, J., PEDERSEN, L. et KÖHLER, A., « Making All Persons Work : Modern Danish Labour Market Policies », in W. Eichhorst, O. Kaufmann et R. Konle-Seidl (dir.), *Bringing the Jobless into Work? Experiences with Activation Schemes in Europe and the US*, Berlin/Heidelberg, Springer-Verlag, 2008, pp. 221-256.

LAVIEC, J.-P., « La protection des droits économiques et sociaux par l'Organisation internationale du travail », *Revue universelle des droits de l'homme*, 1991, pp. 61-69.

LODEMEL, I. et TRICKEY, H. (dir.), *An Offer You Can't Refuse: Workfare in International Perspective*, Bristol, The Policy Press, 2000.

MAHON, C., « Progress at the Front : the Draft Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », *Human Rights Law Review*, Vol. 8, 2008, p. 617 et s.

MANTOUVALOU, V. (dir.), *The Right to Work, Legal and Philosophical Perspectives*, Oxford, Hart Publishing, 2015.

MARTIN, J. P., « Activation and Active Labour Market Policies in OECD Countries : Stylized Facts and Evidence on their Effectiveness », *UCD Geary Institute Discussion Paper*, Vol. 9, 2014.

MARTIN, J.-P. et GRUBB, D., « What Works among Active Labour Market Policies : Evidence from OECD Countries' Experiences », *Swedish Economic Policy Review*, Vol. 8, n°2, 2001, pp. 9-56.

MAYER, J., « La convention sur la politique de l'emploi : portée, bilan et perspectives », *Revue internationale du travail*, 1991, Vol. 130, n°3, pp. 373-393.

MÉDA, D. et VENDRAMIN, P., *Réinventer le travail*, Paris, PUF, 2013.

MÉDA, D., *Le travail, une valeur en voie de disparition*, Paris, Champs-Flammarion, 1998 (originellement publié en 1995).

MERRIEN, F.-X., « Etats-providence en devenir. Une relecture critique des recherches récentes », *Revue française de sociologie*, Vol. 43, n°2, 2002, pp. 211-242.

MIKKOLA, M., *Social Human Rights of Europe*, Porvoo, Bookwell, 2010.

MOLANDER, A. et TORSVIK, G., « Getting People into Work : What (if Anything) Can Justify Mandatory Activation of Welfare Recipients ? », *CESinfo Working Paper n°4317*, 2013.

MORSINK, J., *The Universal Declaration of Human Rights : Origins, Drafting, and Intent*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1999.

MUNDLAK, G., « The Right to Work – The Value of Work », in Barak-Erez D. et Gross A. (dir.), *Exploring Social Rights : Between Theory and Practice*, Oxford, Hart Publishing, 2007, pp. 341-366.

MUNDLAK, G., « The Right to Work : Linking Human Rights and Employment Policy », *International Labour Review*, Vol. 146, n°3-4, 2007, pp. 189-215.

MYLES, J. et QUADAGNO, J., « Political Theories of the Welfare State », *Social Service Review*, Mars 2002, pp. 34-57.

NELKEN, D., « The 'Gap Problem' in the Sociology of Law », *The Windsor Yearbook of Access to Justice*, 1981, pp. 35-61.

NELKEN, D., *Beyond Law in Context. Developing a Sociological Understanding of Law*, Farnham, Ashgate, 2009.

NIVARD, C., *La justiciabilité des droits sociaux. Etude de droit conventionnel européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

O'CONNOR, J. S., ORLOFF, A. S. et SHAVER, S., *States, Markets, Families : Gender, Liberalism and Social Policy in Australia, Canada, Great Britain and the United States*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

OBINGER, H., SCHMITT, C. et STARKE, P., « Policy Diffusion and Policy Transfer in Comparative Welfare State Research », *Social Policy and Administration*, Vol. 47, n°1, 2013, pp. 111-129.

OLIVENNES, D., « La société de transferts », *Le Débat*, n° 69, mars-avril 1992, pp. 110-121.

ORLOFF, A. S., « Gender and the Social Rights of Citizenship : The Comparative Analysis of Gender Relations and the Welfare State », *American Sociological Review*, Vol. 58, n°3, pp. 303-328.

PAPADOPOULOS, T., « The Recommodification of European Labour : Theoretical and Empirical Explorations », *European Research Institute Working Paper*, Octobre 2005.

PICARD, L., « Le contrôle de la mise en œuvre des instruments adoptés par l'Organisation internationale du Travail », in Thouvenin, J.-M. et Trebilcock, A. *Le droit international social. Droits économiques, sociaux et culturels*, Tome 1, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 702-756.

PIERSON, P. (dir.), *The New Politics of the Welfare State*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

PIERSON, P., « Three Worlds of Welfare State Research », *Comparative Political Studies*, Vol. 33, n°6-7, pp. 791-821.

POUND, R., « Law in Books and Law in Action », *American Law Review*, Vol. 44, pp. 12-36.

REINHARD, H.-J. et KAUFMANN, O., « Activation from a Legal Point of View : Concluding Remarks », in Eichhorst, W., Kaufmann, O., Konle-Seidl, R. et Reinhard, H.-J. *Bringing the Jobless into Work, Experiences with Activation Schemes in Europe and the United States*, Berlin/Heidelberg, Springer-Verlag, 2008, pp. 444-460.

REYSZ, J., *Le changement de logique de la protection sociale des sans-emploi en Union européenne : de l'aide au revenu à la réintégration sur le marché du travail*, Thèse en vue de l'obtention du grade de docteur en sciences économiques soutenue publiquement le 25 mai 2010, [http://tel.archives-ouvertes.fr/docs/00/49/08/78/PDF/These\\_Julien\\_Reysz.pdf](http://tel.archives-ouvertes.fr/docs/00/49/08/78/PDF/These_Julien_Reysz.pdf).

ROOD, M., « New Developments within the ILO Supervisory System », in Blanpain, R. (dir.), *Labour Law, Human Rights and Social Justice, Liber Amicorum in Honour of Ruth Ben-Israel*, The Hague, Kluwer, 2001, pp. 87-94.

ROOM, G., « Commodification and Decommodification: a Developmental Critique », *Policy and Politics*, 2000, Vol. 28, n°3, pp. 331-351

ROSANVALLON, P., *La crise de l'Etat-providence*, Paris, Editions du Seuil, 1984 (originellement publié en 1981).

ROSANVALLON, P., *La nouvelle question sociale. Repenser l'Etat-providence*, Paris, Seuil, 1995.

ROSANVALLON, P., *Le Capitalisme utopique. Histoire de l'idée de marché*, Paris, Seuil, 1999 (originellement publié en 1979).

SAMUEL, L., *Droits sociaux fondamentaux, jurisprudence de la Charte sociale européenne*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2002.

SARFATI, H. et BONOLI, G. (dir.), *Labour Market and Social Protection Reforms in International Perspective : Parallel or Converging Tracks ?*, Burlington, Ashgate, 2002, p. compléter.

SARKIN, J. et KOENIG, M., « Developing the Right to Work : Intersecting and Dialoguing Human Rights and Economic Policy », *Human Rights Quarterly*, Vol. 33, n°1, Février 2011, p. 25 et s.

SAUL, B., KINLEY, D. et MOWBRAY, J., *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Commentary, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

SCHARPF, F. W. et SCHMIDT, V. A. (dir.), *Welfare and Work in the Open Economy*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

SELZNICK, P., « Jurisprudence and Social Policy : Aspirations and Perspectives », *California Law Review*, Vol. 68, 1980, pp. 206-220.

SEN, A., « Inequality, Unemployment and Contemporary Europe », *International Labour Review*, 1997, pp. 155-171.

SERRANO PASCUAL, A. et MAGNUSSON, L. (dir.), *Reshaping Welfare States and Activation Regimes in Europe*, Brussels, P.I.E.-Peter Lang, 2007.

SERRANO PASCUAL, A., *Are Activation Policies Converging in Europe ? The European Employment Strategy for Young People*, ETUI, Bruxelles, 2004.

SIEGEL, R. L., « The Right to Work: Core Minimum Obligations », in A. CHAPMAN and S. RUSSELL (dir.), *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Anvers, Intersentia, 2002, pp. 21-52.

SIEGEL, R. L., *Employment and Human Rights : the International Dimension*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1994.

SJÖBERG, O., PALME, J. et CARROLL, E., « Unemployment Insurance », in F. C. Castles (dir.), *The Oxford Handbook of the Welfare State*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 420-434.

SMIT, F.J.H.C., *Passende arbeid als recht van de mens, Recht op arbeid en op werkloosheidsuitkering in internationaal en Nederlands recht*, 's-Gravenhage, T.M.C. Asser Instituut, 1994.

SMITH, A., *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Paris, Flammarion, 1991 (originellement publié en 1776).

SOSS, J., FORDING, R. C. et SCHRAM, S. F., « Governing the Poor : The Rise of the Neoliberal Paternalist State », APSA Annual meeting, Toronto, *SSRN Working Paper Series*, 2009, pp. 2-3.

STETSON D. M. et MAZUR, A. G. (dir.), *Comparative State Feminism*, London, Sage, 1995.

SWIATKOWSKI, A. M., *Charter of Social Rights of the Council of Europe*, The Hague, Kluwer, 2007.

TANGHE, F., « 1848 and the Question of the droit au travail », in E. DERMINE et D. DUMONT (dir.), *Activation Policies for the Unemployed, Right to Work and Freedom of Work*, Bruxelles, P.I.E.-Peter Lang, 2014, pp. 23-32.

TANGHE, F., *Le droit au travail entre histoire et utopie. 1789-1848-1989 : de la répression de la mendicité à l'allocation universelle*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1989.

TEUBEN, DR. H. N., *Recht op arbeid. In historie en in Verklaring van Mensenrechten*, Assen, Van Gorcum, 1955.

TOMLINS, C., « How Autonomous is Law ? », *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 3, 2007, pp. 45-68.

TORFING, J., « Workfare with Welfare : Recent Reforms of the Danish Welfare State », *Journal of European Social Policy*, Vol. 9, n°1, 1999, pp. 5-28.

TWINING, W. L., *Law in Context : Enlarging a Discipline*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

ULYSSE, P.-J. et LESEMANN, F., *Citoyenneté et pauvreté. Politiques, pratiques et stratégies d'insertion en emploi et de lutte contre la pauvreté*, Québec, Presses universitaires de l'Université de Québec, 2004.

VAN AERSCHOT, P., *Activation Policies and the Protection of Individual Rights. A Critical Assessment of the Situation in Denmark, Finland and Sweden*, Farnham, Ashgate, 2011.

VAN DER LINDEN, B., « Chômage indemnisé contre service à la communauté », *Regards économiques*, n°114, Septembre 2014, pp. 1-8.

VAN DER VEN, J., « Sociale Grondrechten », *Tijdschrift voor Algemeen Economische, Bedrijfs-Economische en Sociale Vraagstukken*, Vol. 3, Décembre 1953, pp. 89-104.

VAN DER VEN, J., « The Right to Work, as a Human Right », *Howard Law Journal*, Vol. 11, 1965, pp. 397-412.

VAN DROOGHENBROECK, S. « IX-2. La prise en compte de la soft jurisprudence », in Vandrooghenbroeck, S. (dir.), *Le droit international et européen devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 330-336.

VANDENBOGAERDE, A. et VANDENHOLE, W., « The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights : an Ex-Ante Assessment of its Effectiveness in light of the Drafting process », *Human Rights Law Review*, Vol. 10, n°2, 2010, p. 207 et s.

VANDENBROUCKE, F., *Op zoek naar een redelijke utopie. De actieve welvaartstaat in perspectief*, Leuven Garant, 2000, p. 40.

VERDOODT, A., *Naissance et signification de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, Louvain, Nauwelaerts, 1958

VIELLE, P., « La légitimité des mesures de droit social en temps de crise », in Escande Varniol, M.C., Laulom, S., Mazuyer E. et Vielle P. (dir.), *Quel droit social dans une Europe en crise ?*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 365-378.

VIELLE, P., *La sécurité sociale et le coût indirect des responsabilités familiales. Une approche de genre*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

VIELLE, P., POCHET, P. et CASSIERS, I. (dir.), *L'Etat social actif. Vers un changement de paradigme ?*, Bruxelles, P.I.E.-Peter Lang, 2005.

VONK, G. J., « Hunger as a Policy Instrument ? », in Hospes, B. et van der Meulen, B. (dir.), *Fed up with the Right to Food ? The Netherlands' Policies and Practises regarding the Human Right to Adequate Food*, Wageningen, Wageningen Academic Publishers, 2009, pp. 79-90.

WARD, A. « Article 51 – Field of Application », in Peers, S., Hervey, T. et Kenner, J. (dir.), *Commentary on the EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 423-435. pp. 1413-1454.

YOUNG, K., *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012.



## **Titre 2. L'action des droits humains dans la recomposition des politiques sociales : réflexion critique**

### **Introduction du Titre 2**

**245.** Nous avons mis en exergue, dans le précédent titre, que la conception réformiste qui concrétise le droit au travail dans le droit international des droits humains subit une crise d'efficacité et de légitimité dans les pays industrialisés. Les politiques d'activation développées dans ces pays ont par ailleurs été présentées comme des tentatives d'ajustement et de renouvellement des conceptions politiques du droit au travail. Dans ce contexte, la question de l'actualisation par la jurisprudence internationale des exigences concrètes qui découlent du droit au travail se pose avec acuité. Une question normative surplombe cet enjeu : à quelles conditions l'action de la jurisprudence internationale relative aux droits humains dans la recomposition des politiques sociales nationales est-elle légitime et efficace ? Cette partie est dédiée au traitement théorique de cette question et à l'élaboration d'une grille en vue de procéder, dans la troisième partie de la recherche, à une lecture analytique et évaluative de l'action de la jurisprudence internationale relative au droit au travail face aux politiques d'activation des personnes sans emploi.

**246.** Le pouvoir d'action reconnu à la jurisprudence internationale dans l'actualisation des exigences concrètes qui découlent d'un droit est, à notre estime, étroitement dépendant de la réponse donnée à la question théorique du statut des droits humains et de leur rapport avec le politique. Cette considération préside au découpage du présent titre en deux chapitres. Le premier chapitre est consacré à l'étude de l'articulation entre droits humains et politique. Nous défendons une conception démocratique des droits humains, que nous distinguons à la fois des conceptions absolutistes et des conceptions relativistes des droits. Le deuxième chapitre aborde ensuite la question de l'action de la jurisprudence internationale relative aux droits humains dans la recomposition des politiques sociales nationales. Nous proposons de combiner les apports de deux théories contemporaines, l'expérimentalisme démocratique systématisé par Charles Sabel et Michaël Dorf et l'approche par les capacités d'Amartya Sen, pour identifier les conditions d'une action légitime et efficace de la jurisprudence internationale dans la recomposition des politiques sociales. Cette approche doit permettre de veiller à ce que, dans la pratique du droit international des droits humains, les droits humains répondent effectivement aux traits caractéristiques de conception démocratique des droits.

## Chapitre 1. Droits humains et politique

### Introduction

**247.** Le statut reconnu aux droits humains définit leur articulation avec le politique. Autrement dit, il permet de définir la mesure dans laquelle le contenu des droits humains doit s'imposer ou échapper à la souveraineté populaire. Cette question fait l'objet de discussions récurrentes dans la littérature en philosophie politique de même qu'en philosophie des droits humains ou encore en théorie des droits humains.

**248.** En nous appuyant sur les travaux de Claude Lefort, nous défendons une conception des droits humains que nous qualifions de démocratique. L'institution des droits humains est intimement liée à l'avènement de la démocratie. Ce lien fondationnel des droits humains avec la démocratie délimite leur articulation avec le politique. (Section 1). L'adoption d'une conception démocratique des droits humains nous permet de nous positionner, dans un second temps, dans le débat spécifique relatif au statut du droit au travail (Section 2).

### Section 1. La conception démocratique des droits humains<sup>1</sup>

**249.** Dans cette section, la démocratie est avancée comme le principe explicatif des droits humains. Ce principe définit leur rapport avec le politique, lequel permet de différencier la conception démocratique des droits humains à la fois des conceptions absolutistes et des conceptions relativistes des droits humains (§1). Afin de préciser le rapport entre droits humains et politique institué par l'approche démocratique, nous identifions les traits caractéristiques que revêtent les droits dans cette approche, tout en les distinguant des traits caractéristiques attribués aux droits humains dans leurs autres conceptions (§2).

**250.** Le travail opéré dans cette section allie logique descriptive et visée normative. En ce sens, Claude Lefort a mis en évidence dans ses travaux le rôle normatif des droits humains à partir d'une description historique des liens entre l'avènement de la démocratie et l'institution des droits humains. Dans sa lignée, nous précisons les caractéristiques que doivent revêtir les droits humains pour être conformes à l'idée démocratique qui sous-tend l'histoire de leur origine et de leur développement.

---

<sup>1</sup> Pour une réflexion approfondie sur les fondements des droits humains suivie de la formulation d'une proposition de conception normative des droits fondée sur les exigences de la démocratie, voy. P. GÉRARD, *L'esprit des droits. Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Vol. 115, 2007, pp. 79-142. La conception démocratique des droits humains fait également écho aux théories qui fondent les droits humains sur les idées de citoyenneté sociale et de républicanisme civique (en ce sens, voy. P. GÉRARD, *L'esprit des droits...*, op. cit., p. 35).

## **§1. La démocratie, principe explicatif des droits humains et de leur articulation avec le politique**

**251.** Après avoir clarifié la notion de démocratie chez Lefort (a.), nous abordons les liens qu'il observe entre l'affirmation des droits humains et la démocratie (b.). Nous précisons ensuite l'articulation entre les droits humains et le politique qui en découle (c).

### **a. La notion de démocratie chez Lefort**

**252.** A l'occasion d'une réflexion sur le totalitarisme menée dans les années 1970, Claude Lefort a défini la démocratie par opposition au totalitarisme. La démocratie « se caractérise par un débat permanent, sur fond d'indétermination radicale, quant à l'organisation légitime de la société »<sup>2</sup>.

**253.** L'avènement de la démocratie procède selon lui d'« une mutation d'ordre symbolique relative à la position du pouvoir ». Alors que sous les monarchies absolutistes de l'Ancien Régime, le pouvoir était incorporé dans le corps du prince qui ordonnait la société, la démocratie implique que le lieu du pouvoir demeure un « lieu vide ». Aucun individu ou groupe ne peut s'approprier, « s'incorporer » le pouvoir. Ce phénomène de désincorporation du pouvoir s'accompagne d'une « désintrication entre la sphère du pouvoir, la sphère de la loi et la sphère de la connaissance ». Alors que le pouvoir, incorporé dans la personne du prince, condensait les principes d'organisation de l'ordre social sous l'Ancien régime, le droit et le savoir jouissent d'une extériorité et d'une autonomie par rapport au pouvoir dans le régime démocratique<sup>3</sup>. L'originalité de la démocratie se situe alors dans un double phénomène : « un pouvoir voué désormais à demeurer en quête de son fondement, parce que la loi et le savoir ne sont plus incorporés dans la personne de celui ou de ceux qui l'exercent, une société accueillant le conflit des opinions et le débat sur les droits, parce que se sont dissous les repères de certitude qui permettaient aux hommes de se situer d'une manière déterminée les uns par rapport aux autres »<sup>4</sup>.

Le totalitarisme procède de l'accaparement de l'espace public de discussion par le pouvoir public et de la négation de la diversité des opinions ou du « principe de division interne de la société ». Les deux formes de société sont ainsi opposées :

---

<sup>2</sup> C. LEFORT, « La question de la démocratie », in *Essais sur le politique (XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles)*, Paris, Seuil, 1986, p. 29.

<sup>3</sup> C. LEFORT, « Droits de l'homme et politique », in *L'invention démocratique. Les limites de la domination totalitaire*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Fayard, 1994 (originellement publié en 1981), p. 64.

<sup>4</sup> C. LEFORT, « Droits de l'homme et Etat-providence », in *Essais sur le politique (XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles)*, Paris, Seuil, 1986, p. 47.

« La démocratie se révèle (...) la société historique par excellence, société qui, dans sa forme, accueille et préserve l'indétermination, en contraste remarquable avec le totalitarisme qui, s'édifiant sous le signe de la création de l'homme nouveau, s'agence en réalité contre cette indétermination, prétend détenir la loi de son organisation et de son développement, et se dessine secrètement dans le monde moderne comme société sans histoire »<sup>5</sup>.

**254.** Caractérisée par l'indétermination radicale de ses normes d'organisation, la démocratie ne saurait dès lors être assimilée à un régime spécifique ; ou se définir par un système particulier d'institutions. La démocratie chez Lefort est, plus largement, « une forme de société »<sup>6</sup>. Elle n'est pas enchaînée aux carcans de la démocratie représentative. De même, elle n'est pas appelée à demeurer cantonnée au niveau des Etats nationaux souverains. Au contraire, « là où le droit est en question, c'est l'ordre établi qui est en question ; c'est cela qui donne l'une des définitions de la démocratie »<sup>7</sup>.

**255.** Claude Lefort défend ainsi une conception de la démocratie centrée sur le conflit. S'opposant aux tendances à la naturalisation de la réalité sociale, il insiste sur la division de la société et sur la coexistence d'une pluralité indépassable de revendications légitimes. Selon lui, la meilleure politique, celle où il y a « le plus de vie », se distingue « (...) par l'accueil qu'elle fait à la division et, sous l'effet de celle-ci, au changement et, du même coup, par les chances qu'elle offre à l'action »<sup>8</sup>.

A la lecture des travaux de Lefort, on relèvera encore que le conflit n'apparaît pas seulement comme une exigence procédurale de la démocratie ; il en est également une exigence substantielle. Dans la société démocratique, l'ordre social ne repose pas sur un fondement externe ; les membres de la société doivent jouir d'une autonomie par rapport au pouvoir (autonomie individuelle) et, dans un mouvement infini, opposer leurs points de vue pour déterminer les règles d'organisation de la société (autonomie collective). Les membres de la société doivent, dans ce cadre, pouvoir participer sur pied d'égalité à la formation de la volonté collective (égalité). La démocratie selon Lefort repose donc sur les principes normatifs d'autonomie (individuelle et collective) et d'égalité.

## b. La démocratie comme principe de justification des droits humains

---

<sup>5</sup> C. LEFORT, « La question de la démocratie », *op. cit.*, p. 25

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>7</sup> C. LEFORT, « La pensée politique devant les droits de l'homme », in C. Lefort, *Le temps présent. Ecrits 1945-2005*, Paris, Belin, 2007, cité dans J. LACROIX, « Droits de l'homme et politique », [www.laviedesidees.fr](http://www.laviedesidees.fr), 2012, p. 11.

<sup>8</sup> C. LEFORT, *Écrire, À l'épreuve du politique*, Paris, Calmann-Lévy, 1992, p. 175, cité dans P. Colonna d'Istria, « La raison publique au miroir de l'Un. Claude Lefort vs. Rawls », *Revue du Mauss*, Vol. 1, n°37, 2011, p. 416.

**256.** Dans leur phraséologie, les premières déclarations fondaient les droits humains qu'elles consacraient sur des principes de droit naturel<sup>9</sup>. Ils étaient supposés tirer leur légitimité d'une essence humaine abstraite et transcendante. Les droits humains étaient donc affirmés comme des prémisses universelles indépendantes de toute conviction morale ou politique.

La conception naturalisatrice des droits humains n'a pas résisté à l'épreuve des faits et des critiques sociologiques. De nombreuses recherches anthropologiques ont démontré que l'idée de droits attachés à l'être humain indépendamment de toute appartenance communautaire était une représentation morale propre à l'Occident<sup>10</sup>. Sans juger de l'universalisation potentielle de l'idée des droits humains, ces analyses ont démontré que l'idée des droits humains était originellement située<sup>11</sup>. Le contenu des droits a par ailleurs évolué dans le temps; de nouveaux droits ont été consacrés. En ce sens, nous avons constaté, dans la première partie, que l'idée du droit au travail s'était imposée au 18<sup>ème</sup> siècle et que le contenu du droit avait évolué selon les lieux et les périodes. L'analyse historique de l'origine et du développement des droits humains s'oppose donc à l'idée d'une essence universelle de l'humanité définie a priori et définitivement<sup>12</sup>.

**257.** Dans ses travaux sur le totalitarisme menés dans les années 1970, Claude Lefort a mis en évidence les liens qui unissent l'affirmation des droits humains dans les déclarations révolutionnaires et l'avènement de la démocratie<sup>13</sup>.

Au-delà des références textuelles à la nature ou à l'essence de l'homme, les droits humains symbolisent, selon lui, la désintronisation du droit et du pouvoir. Par la fiction de l'homme abstrait sans détermination, les déclarations des droits humains affirment que le droit se dérobe à tout pouvoir qui prétendrait s'en emparer<sup>14</sup>. Les droits humains matérialisent l'idée d'une humanité infinie et insaisissable dont le contenu se redessine constamment au gré des débats démocratiques. L'abstraction de l'homme a également permis d'affirmer l'égalité en

---

<sup>9</sup> La Déclaration d'indépendance des Etats-Unis dispose que tous les hommes sont doués par le Créateur de certains droits inaliénables. Dans les Déclarations de la Virginie, de la Pennsylvanie et du Massachusetts, l'article 1<sup>er</sup> proclamait que tous les hommes, étant nés libres et indépendants, avaient des droits naturels, essentiels et inaliénables. La Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789 se référait également aux droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme (A ce sujet, voy. P. GÉRARD, *L'esprit des droits...*, op. cit., pp. 24-25).

<sup>10</sup> Voy. not.: R. PANIKKAR, « Is the Notion of Human Rights a Western Concept ? », in Ph. Alston (dir.), *International Human Rights in Context*, Aldershot, 1996, p. 170 et 172 ; L. MARASINGHE, « Traditional Conceptions of Human Rights in Africa », in Cl. E. Welch, Jr. et R. I. Meltzer (dir.), *Human Rights and Development in Africa*, Albany, 1984, pp. 33-34, pp. 36-37, 39 et 41-42; V. H. VON SENER, « Chinese Culture and Human Rights », in W. Schmale (dir.), *Human Rights and Cultural Diversity*, Goldbach, 1993, pp. 293-296 et 299-303 (tous cités dans P. GÉRARD, *L'esprit des droits...*, op. cit., p. 144).

<sup>11</sup> Y. ONUMA, « Toward an Intercivilizational Approach to Human Rights », in J. R. Bauer et D. A. Bell (dir.), *The East Asian Challenge for Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 108-109; E. BREMS, *Human Rights: Universality and Diversity*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, pp. 7 et 9 (cités dans P. GÉRARD, *L'esprit des droits...*, op. cit., p. 143 et s.).

<sup>12</sup> En ce sens : P. GÉRARD, *L'esprit des droits...*, op. cit., p. 78 ; P. GÉRARD, « Human Rights and Democracy », in *Finnish Yearbook of International Law*, vol. XIII, 2002, p. 55 ; voy. également : J. LADRIÈRE, « Les droits de l'homme et l'historicité », in *Vie sociale et destinée*, Duculot, Gembloux, 1973, pp. 119-120.

<sup>13</sup> C. LEFORT, « Droits de l'homme et politique », op. cit., pp. 43-85 ; « La question de la démocratie », op. cit., pp. 21-30 ; « Les droits de l'homme et l'Etat-providence », in *Essais sur le politique (XIX<sup>ème</sup>-XX<sup>ème</sup> siècles)*, op. cit., pp. 31-58.

<sup>14</sup> C. LEFORT, « Droits de l'homme et politique », op. cit., p. 66.

droits des êtres humains. Les droits humains participent ainsi à l'institution des principes d'autonomie et d'égalité<sup>15</sup> sur lesquels repose la démocratie.

**258.** Les droits humains constituent par ailleurs le lieu d'institutionnalisation du conflit, essentiel à la vivacité de la démocratie. Par leur extériorité au pouvoir, les droits humains constituent le foyer de revendications, l'argument invoqué par ceux qui sont exclus des bienfaits de la démocratie. A travers l'idée de « démocratie sauvage », Lefort veut ainsi montrer que la lutte pour le droit est le moteur d'une démocratie qui sans cesse dépasse ses limites<sup>16</sup>. Il écrit ainsi :

« Il est vrai que la démocratie en quelque sorte personne n'en détient la formule et qu'elle est plus profondément elle-même en étant démocratie sauvage. C'est peut-être là ce qui fait son essence ; dès lors qu'il n'y a pas une référence dernière à partir de laquelle l'ordre social puisse être conçu et fixé, cet ordre social est constamment en quête de ses fondements, de sa légitimité et c'est dans la contestation ou dans la revendication de ceux qui sont exclus des bénéfices de la démocratie que celle-ci trouve son ressort le plus efficace »<sup>17</sup>.

**259.** La démocratie apparaît ainsi comme le lieu approprié de compréhension et de justification des droits humains. L'affirmation des droits humains apparaît en effet intimement liée aux exigences normatives (autonomie collective et égalité) et procédurales (institution du conflit) de la démocratie.

### c. L'articulation entre les droits humains et le politique

**260.** La démocratie est le principe justificatif de l'institution des droits ; elle en constitue donc également l'horizon : elle définit leur pouvoir d'action face à la société, c'est-à-dire la mesure dans laquelle « ils revêtent la portée de normes supérieures qui s'imposent aux autorités établies dans les communautés politiques particulières »<sup>18</sup>. Elle constitue le prisme à travers lequel se définit le rapport entre les droits humains et le politique, entendu comme le pouvoir politique en place au sein d'une communauté politique. La conception démocratique des droits humains se construit, à notre sens, à travers la critique des conceptions absolutistes des droits humains – dans lesquelles les droits humains sont considérés comme des principes supérieurs qui s'imposent au politique – et des conceptions relativistes des droits – dans lesquelles les droits humains sont assimilés aux règles de droit positif adoptées par le pouvoir

---

<sup>15</sup> Sur ces principes, voy. : P. GÉRARD, *Droit et démocratie. Réflexions sur la légitimité du droit dans la société démocratique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1995, pp. 112-122. Voy. aussi : D. BEETHAM, *Democracy and Human Rights*, Cambridge, Polity Press, 1999, p. 91 (« Control by citizens over their collective affairs and equality between citizens in the exercise of that control are the basic democratic principles »).

<sup>16</sup> En ce sens, voy. J. LACROIX, « Droits de l'homme et politique », *op. cit.*, p. 11 ; P. COLONNA D'ISTRIA, « La raison publique au miroir de l'Un », *op. cit.*, p. 416.

<sup>17</sup> C. LEFORT avec P. THIBAUD, « La communication démocratique », *Esprit*, n° 9-10, septembre-octobre 1979, p. 34.

<sup>18</sup> P. GÉRARD, *L'esprit des droits...*, *op. cit.*, p. 133.

politique en place au sein d'une communauté politique à un moment donné. C'est à partir de ces deux oppositions que l'on peut saisir le statut des droits humains dans l'approche démocratique.

**261. Conception démocratique v. conceptions absolutistes des droits humains** - Nous regroupons sous le vocable « conceptions absolutistes des droits humains », l'ensemble des théories suivant lesquelles la liste et le contenu des droits humains s'imposent à la société politique. Ces théories fondent la supériorité des droits humains sur l'essence de l'homme, des justifications de type transcendantal ou encore sur un consensus rationnel définitif<sup>19</sup>.

Dans cette catégorie, les conceptions naturalisatrices des droits humains ont fait l'objet de critiques philosophiques dès le 18<sup>ème</sup> et le 19<sup>ème</sup> siècles de la part d'auteurs aussi différents que Marx et Burke<sup>20</sup>. Claude Lefort fait écho à ces critiques dans son œuvre. Dans *La question juive*<sup>21</sup>, Marx procède à une critique des déclarations révolutionnaires de la fin du 18<sup>ème</sup> siècle. L'idée abstraite de l'homme sur laquelle se fonde ces déclarations n'est, selon lui, que le paravent d'une conception libérale bourgeoise de l'individu et de la société. Il met en exergue que la liberté, la propriété et la sûreté sont des droits des membres de la société bourgeoise, c'est-à-dire de l'homme égoïste, séparé des autres individus et de la collectivité. Les droits et libertés proclamés protègent l'intérêt capitaliste. Déclarations purement formelles, ils masquent les inégalités de fait. Dans les *Thèses sur Feuerbach*, Marx conceptualise dès lors l'essence humaine, non pas comme un donné universel et immuable, mais comme un « ensemble de rapports sociaux » appelé à évoluer au cours de l'histoire<sup>22</sup>. Burke s'oppose quant à lui au postulat suivant lequel les droits des individus découleraient de droits naturels antérieurs à toute organisation politique. S'inscrivant dans une logique contre-révolutionnaire et traditionaliste, il argumente que les droits des individus n'ont pas de caractère métaphysique mais résultent de conventions propres à une société politique<sup>23 24</sup>. Les

---

<sup>19</sup> Nous rangeons dans cette dernière catégorie les travaux de John Rawls. Ce dernier essaie de se dégager des critiques faites à l'universalisme moral en faisant reposer le statut de norme supérieure des droits humains sur un consensus politique préalable relatif à leur contenu. Il demeure qu'il défend une conception absolutiste des droits puisqu'il entend fixer définitivement le contenu des droits sur base de ce consensus rationnel (en ce sens, voy. également : P. COLONNA D'ISTRIA, « La raison publique au miroir de l'Un... », *op. cit.*). Pour une critique de l'approche de Rawls au regard de la conception démocratique des droits humains, voy. *infra*, note de bas de page 27.

<sup>20</sup> Pour un exposé des autres critiques du naturalisme (notamment la critique utilitariste ou encore la critique nietzschéenne), voy. : P. GÉRARD, *L'esprit des droits...*, *op. cit.*, pp. 85-93.

<sup>21</sup> K. MARX, « A propos de la question juive », in *Philosophie* (édition établie et annotée par M. Rubel), Paris, 1994, pp. 47-88 (originellement publié en 1844).

<sup>22</sup> K. MARX, « Thèses sur Feuerbach », in K. Marx et Fr. Engels, *L'idéologie allemande* (traduit par G. Badia, J. Baudrillard et R. Cartelle), Paris, 1968, p. 33 (Sixième thèse) (écrites en 1845 et originellement publiées en 1888).

<sup>23</sup> E. BURKE, *Réflexions sur la révolution de France* (traduit par P. Andler), Paris, 1989 (originellement publié en 1790).

<sup>24</sup> Dans sa critique de l'abstraction de l'idée d'homme, Hannah Arendt emprunte également les arguments de Burke pour défendre que les individus ne peuvent puiser des droits que dans leur qualité de membre d'une communauté politique et non dans l'idée d'être humain en général. L'expérience concentrationnaire serait le meilleur exemple de ce que les droits fondés sur l'idée abstraite de l'homme n'ont pas permis de protéger les personnes n'appartenant à aucune communauté politique (A ce sujet voy. P. GÉRARD, *op. cit.*, p. 83 citant H. Arendt (« Sur la complexité des droits de l'homme », in *Les origines du totalitarisme. L'impérialisme* (traduit par M. Leiris), Paris, 1997, pp. 286-289)).

thèses de Marx et Burke ont largement inspiré les conceptions historicistes des droits humains<sup>25</sup>.

**262.** Les tenants de l'approche démocratique des droits s'opposent, comme Burke ou Marx, aux conceptions naturalistes des droits qui fixeraient définitivement les droits sur base de l'essence humaine. Une telle vision procède nécessairement d'une instrumentalisation des droits à dessein idéologique, l'argument consistant à avancer que les lois sont inspirées des droits humains pour en faire des lois immuables et universelles et, pour utiliser un langage lefortien, s'accaparer le lieu vide du pouvoir<sup>26</sup>. Plus généralement, la compréhension démocratique des droits s'oppose aux conceptions absolutistes qui imposent une liste et une interprétation définitives des droits humains au nom d'un principe absolu ou d'un hypothétique pré-consensus généralisé. Selon l'approche démocratique des droits humains, les conceptions absolutistes refoulent, voire masquent, la conflictualité essentielle à la démocratie. Marquées par une conception particulière de la morale ou de la politique, elles succombent à « l'attrait pour l'Un » et mettent en péril l'indétermination radicale consubstantielle aux démocraties<sup>27</sup>.

**263.** *Conception démocratique v. conceptions relativistes des droits humains* - Si la compréhension démocratique des droits humains s'oppose aux conceptions absolutistes des droits, elle se démarque également des conceptions relativistes des droits humains, selon lesquelles les droits humains ne se distinguent en rien des autres règles que se donne une société politique. Dans la conception démocratique des droits humains, il y a certes une connexion entre les droits humains et le politique mais il n'y a pas d'assimilation des droits humains au politique. Les droits humains jouissent d'une certaine autonomie par rapport au politique. « (Cette) autonomie (...) est liée à l'impossibilité d'en fixer l'essence, on voit se déployer pleinement la dimension d'un devenir du droit, toujours dans la dépendance d'un débat sur son fondement et sur la légitimité de ce qui est établi et de ce qui doit être »<sup>28</sup>. C'est cette distanciation entre le droit et le politique qui permet de garantir la relance infinie du débat sur la légitimité des normes d'organisation de la société<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> Voir A. DUFOUR, *Droits de l'homme, Droit naturel et histoire*, Paris, PUF, 1991, p. 262.

<sup>26</sup> A ce sujet, voy. F. TANGHE, *Le droit au travail entre histoire et utopie, 1789-1848-1989 : de la répression de la mendicité à l'allocation universelle*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1989, p. 127.

<sup>27</sup> Rawls cherche à définir une fois pour toutes le contenu des droits humains, en évitant les critiques adressées à l'universalisme moral. Plusieurs auteurs ont toutefois montré que l'expérience intellectuelle du consensus sous voile d'ignorance sur les principes de justice repose en réalité sur des convictions morales et politiques qui dépassent les exigences de la démocratie (à ce propos, voy. P. GÉRARD, *L'esprit des droits...*, *op. cit.*, pp. 119-126). Rawls semble en effet donner une priorité lexicographique à l'autonomie – ou à la liberté individuelle –, sans lien avec l'autonomie collective. Suivant l'approche lefortienne de la démocratie, la théorie de Rawls reflue la conflictualité indissociable de la démocratie. En anticipant sur le deuxième chapitre, on relèvera d'ores et déjà que le courant délibérativiste comprend également des auteurs qui excluent la possibilité d'arriver à un consensus rationnel définitif. Ces auteurs admettent le principe d'une pluralité de raisons et envisagent le conflit comme le moteur d'un débat inépuisable sur la société idéale (L. BLONDIAUX, « Démocratie délibérative vs. Démocratie agonistique ? Le statut du conflit dans les théories et les pratiques de participation contemporaines », *Raisons politiques*, Vol. 2, n°30, 2008, pp. 131-147). Nous défendrons dans le deuxième chapitre qu'à la différence de Rawls, Amartya Sen fait partie de cette deuxième catégorie de délibérativistes.

<sup>28</sup> C. LEFORT, « La question de la démocratie », *op. cit.*, p. 27.

<sup>29</sup> C. LEFORT « Les droits de l'homme et l'Etat-providence », *op. cit.*, pp. 50-54.



Lefort souligne ainsi qu'emportés dans leur critique du naturalisme, des auteurs comme Burke ou Marx (rattachés *a posteriori* au courant historiciste) sont passés à côté de la « dimension symbolique » des droits humains :

« Le procès du naturalisme, tel qu'il fut conduit par des penseurs aussi différents que Burke et Marx, en invoquant la réalité historique, ignore paradoxalement ce qui advient d'absolument neuf, sous le couvert de l'affirmation de l'homme, de l'illusion philosophique qui efface les hommes « concrets » au profit d'un être abstrait. Ni l'un ni l'autre ne perçoivent, en effet, ce que l'idée des droits de l'homme récuse : la définition d'un pouvoir détenteur du droit, la notion d'une légitimité dont le fondement serait hors de prise de l'homme, et, du même coup, la représentation d'un monde ordonné à l'intérieur duquel les individus se trouvent « naturellement » classés. Tous les deux, prenant pour cible l'abstraction de l'homme sans détermination, dénoncent l'universel fictif de la Déclaration française, en méconnaissant ce qu'elle nous lègue : l'universalité du principe qui ramène le droit à l'interrogation du droit »<sup>30</sup>.

Résolu à mettre en évidence le caractère idéologique des droits proclamés dans les premières déclarations, Marx s'est par ailleurs focalisé sur l'étude de droits tels que la propriété ou la sûreté. Il a en revanche omis que ces déclarations consacraient également les libertés politiques, la liberté d'opinion, la liberté d'association ou encore le droit de grève. Ces droits matérialisent la 'désimbrication' du savoir et du pouvoir : les hommes ont le droit de penser et de communiquer leurs idées dans l'espace public, tout en étant à l'abri du pouvoir<sup>31</sup>.

**264.** Lefort s'oppose non seulement au naturalisme libéral mais également à l'historicisme marxien car ce dernier partage la même utopie libérale d'une société sans conflits<sup>32</sup>. Les droits humains, en opérant une distanciation entre le droit et le pouvoir, institutionnalisent le conflit et le débat autour des normes légitimes d'organisation de la société. Ils sont les garants de la démocratie. L'essence de la compréhension lefortienne des droits humains est ainsi habilement synthétisée par Wim Weymans :

« For (Lefort) human rights are principles that cannot be totally reduced to contingent facts or human interests and design (pace historicism) but they must be constantly subjected to conflictual political debate rather than leading to a reasonable consensus (pace a normative interpretation of human rights). For Lefort, principles and reality, norms and conflictual debate, human rights and politics are mutually dependent and yet remain distinct »<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> C. LEFORT, « Les droits de l'homme et l'Etat-providence », *op. cit.*, p. 51.

<sup>31</sup> C. LEFORT, « Droits de l'homme et politique », *op. cit.*, pp. 58-59.

<sup>32</sup> W. WEYMANS, « Freedom through Political Representation : Lefort, Gauchet and Rosenvallon on the Relationship between State and Society », *European Journal of political Theory*, Vol. 4, n°3, 2005, p. 265. A ce sujet, voy. également *supra*, n°37, où nous évoquons brièvement l'analyse de Pierre Rosanvallon suivant laquelle le socialisme utopique ne dépasserait pas l'utopie libérale d'une société civile immédiate à elle-même et de pleine harmonie.

<sup>33</sup> W. WEYMANS, « Freedom through Political Representation : Lefort, Gauchet and Rosenvallon on the Relationship between State and Society », *op. cit.*, pp. 275-276.

**Encadré 22- La conception démocratique des droits humains, par-delà les conceptions absolutistes et relativistes**

	<b>Conception absolutiste des droits</b>	<b>Conception relativiste des droits</b>	<b>Conception démocratique des droits</b>
<b>Principe justificatif des droits humains</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• L'essence de l'homme</li> <li>• Les justifications de type transcendantal</li> <li>• Un consensus généralisé</li> </ul>	Le politique	La démocratie
<b>Articulation avec le politique</b>	<p>Les droits humains s'imposent au politique</p> <p><b>Déconnexion entre les droits humains et le politique</b></p>	<p>Les droits humains sont soumis au politique</p> <p><b>Assimilation des droits humains au politique</b></p>	<p>Les droits humains lient le politique à l'interrogation infinie de la légitimité du droit</p> <p><b>Connexion mais distanciation entre les droits humains et le politique</b></p>

## **§2. Caractérisation de la conception démocratique des droits humains**

**265.** Dans ce second point, nous identifions les traits caractéristiques des droits humains induits par l'adoption d'une compréhension démocratique de ceux-ci. Le rapport entre les droits humains et le politique est ainsi précisé. Dans leur approche démocratique, les droits sont ouverts et évolutifs (a.). Ils garantissent et participent à la concrétisation des principes normatifs de la démocratie – l'autonomie et l'égalité – (b.). Ils constituent à la fois des limites à l'action politique et des enjeux de la volonté collective (c.).

### **a. Des droits ouverts et évolutifs**

**266.** Dans les sociétés démocratiques, l'extériorité du droit par rapport au pouvoir est affirmée. Il en résulte que le contenu des droits n'est pas déterminé *a priori* et de façon immuable. Les droits font l'objet d'un débat permanent quant à leur légitimité. Cette indétermination est concrétisée, dans les déclarations des droits humains, à travers l'affirmation de l'homme abstrait (les droits de « l'homme ») et la reconnaissance de droits politiques. Les libertés d'expression, de réunion et d'association participent par ailleurs à l'institution d'un espace public de débat sur les droits. Dans ce cadre, les droits sont amenés à

être sans cesse réinterprétés et reformulés ; des revendications de nouveaux droits vont émerger<sup>34</sup>.

**267.** Lefort met en exergue que le caractère ouvert et évolutif des droits permet de distinguer la conception démocratique des droits de la conception libérale des droits. Selon ses termes, l'Etat démocratique excède les limites de l'Etat de droit. Dans la conception libérale des droits à l'œuvre dans l'Etat de droit, les membres de la société peuvent s'opposer au pouvoir en s'appuyant sur le droit établi. L'Etat démocratique fait quant à lui :

« l'épreuve de droits qui ne lui sont pas incorporés, il est le théâtre d'une contestation, dont l'objet ne se réduit pas à la conservation d'un pacte tacitement établi, mais qui se forme depuis des foyers que le pouvoir ne peut entièrement maîtriser. De la légitimation de la grève ou des syndicats, au droit relatif au travail ou à la sécurité sociale, s'est ainsi développée sur la base des droits de l'homme toute une histoire qui transgressait les frontières dans lesquelles l'Etat prétendait se définir, une histoire qui reste ouverte »<sup>35</sup>.

L'approche démocratique des droits permet ainsi de rendre compte de l'essor des droits et du développement de nouveaux droits durant les deux derniers siècles, en particulier de droits sociaux<sup>36</sup>.

#### b. Le cadre normatif de la démocratie

**268.** Affirmer que les droits sont ouverts et évolutifs, n'est-ce pas en faire un fait contingent et les exposer à l'aléa des décisions politiques ? Nous avons vu, dans le paragraphe précédent, que la conception démocratique des droits humains ne se confond pas avec les conceptions relativistes. L'avènement des droits humains n'était certes pas plus nécessaire que celui de la démocratie. Cependant, à partir du moment où l'autonomie et l'égalité ont été instituées pour exclure toute appropriation du pouvoir, le questionnement de la nature de l'homme et de ses droits ne prendra jamais fin<sup>37</sup>.

La liste et le contenu des droits humains sont certes amenés à évoluer mais à l'intérieur d'un cadre déterminé : le cadre de la démocratie. D'une part, l'évolution des droits humains ne peut pas porter atteinte aux droits humains qui instituent les principes normatifs de la démocratie, c'est-à-dire aux principes d'égalité et d'autonomie collective (les droits-supports de la démocratie). D'autre part, les nouveaux droits doivent s'étayer sur les premiers droits et participer de la recherche d'une meilleure réalisation des principes démocratiques.

---

<sup>34</sup> C. LEFORT, « Droits de l'homme et politique », *op. cit.*, pp. 66-67.

<sup>35</sup> C. LEFORT, « Droits de l'homme et politique », *op. cit.*, pp. 67-68.

<sup>36</sup> P. GÉRARD, « Human Rights and Democracy », *op. cit.*, pp. 55-56.

<sup>37</sup> C. LEFORT, « Droits de l'homme et Etat providence », *op. cit.*, p. 52 : « (...) L'institution des droits de l'homme est beaucoup plus que ce que nous venons d'appeler un événement – quelque chose qui apparaîtrait dans la poussée du temps et serait voué à se perdre en elle : un principe surgit auquel on ne peut désormais que faire retour pour déchiffrer la société, l'individu et l'histoire ».

**269.** Nous adhérons en ce sens à la distinction opérée par Philippe Gérard entre deux niveaux dans les droits humains : « d’une part, celui de la définition des principes fondateurs de la démocratie – l’autonomie collective et l’égalité –, ainsi que des types d’institutions destinées à réaliser ces objectifs (instituant), d’autre part, celui des autorités existantes ou concrètes (institué) »<sup>38</sup>. Suivant la conception démocratique des droits humains, seuls les droits qui participent à l’institution des exigences normatives de la démocratie méritent, sur le plan philosophique et moral, l’appellation de droits humains, c’est-à-dire de norme supérieure soustraite à l’aléa de décision politiques contingentes. Philippe Gérard retient à ce titre quatre catégories abstraites de droits qui constituent *le noyau dur des droits humains* parce qu’elles représentent les conditions politiques et juridiques sans lesquelles l’institutionnalisation de la démocratie est impossible. Il s’agit :

- (1) des droits qui permettent d’établir des communautés politiques démocratiques,
- (2) des droits qui permettent d’instituer un espace public de discussion dans lequel la diversité des intérêts et des opinions des membres de la communauté démocratique peut s’exprimer,
- (3) des droits qui ont pour fonction d’assurer aux individus la possibilité de participer à la formation de la volonté collective et enfin,
- (4) des droits relatifs au principe de l’égalité en droit<sup>39</sup>.

Si ces droits s’imposent à la volonté populaire, on relèvera qu’il s’agit de normes abstraites et ouvertes. La concrétisation de ces familles de droits sous la forme de droits spécifiques doit dès lors, quant à elle, faire l’objet de débats au sein de la société politique.

Dans le développement historique des droits, on peut identifier *des droits corollaires* qui visent à ce que les individus puissent effectivement exercer le noyau dur des droits humains. Bien que répondant à des exigences spécifiques, ces droits ont pour but final la protection des impératifs d’égalité et d’autonomie collective. Le noyau dur de droits ainsi que les droits corollaires constituent les conditions de possibilité de la démocratie<sup>40</sup>. Nous les nommerons « *droits-support* ». Ils jouissent d’une autorité morale qui justifie leur statut de norme supérieure non-réversible.

Philippe Gérard distingue l’ensemble formé par le noyau dur des droits et les droits corollaires des droits qui sont l’objet du débat démocratique. Nous qualifierons ce second ensemble de droits de « *droits-produits* » de la démocratie. Dans l’approche démocratique, ces droits sont contingents et réversibles<sup>41</sup>.

Nous avons vu que les droits proclamés dans les déclarations révolutionnaires de la fin du 18<sup>ème</sup> siècle participaient de plusieurs manières à l’institution des principes fondateurs de la démocratie, soit l’autonomie collective et l’égalité. Les libertés d’expression, de réunion, d’association ou encore le droit de grève participent à la création d’un espace public de débat ; le droit de vote, le droit à l’éligibilité et le droit de pétition offrent aux individus la possibilité

<sup>38</sup> P. GÉRARD, *L’esprit des droits...*, op. cit., p. 132.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 134-135.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 137.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 139.

de participer à la formation de la volonté collective. En ce qui concerne l'égalité en droit des individus, les déclarations consacrent l'égalité devant la loi, le droit à l'égalité de traitement ou encore le principe de non-discrimination<sup>42</sup>.

Dans la conception démocratique, le droit de propriété ne figure pas parmi les droits humains indispensables à l'institutionnalisation de la démocratie. Il s'agit d'un droit contingent qui est le 'produit' d'un débat démocratique et qui peut être remis en question<sup>43</sup>. La conception démocratique des droits inclut par contre dans le noyau dur des droits humains certains autres droits rattachés à la conception libérale des droits, qui conçoit les droits humains comme protégeant l'autonomie individuelle face au pouvoir. La poursuite d'une démocratie fondée sur l'idée d'un débat continu entre une pluralité de points de vue implique de veiller à ce que les citoyens soient non seulement égaux et libres. Certains droits de la conception libérale contribuent à garantir aux individus la sécurité et la liberté nécessaires (autonomie individuelle) pour pouvoir jouer leur rôle de citoyen et participer à la formation de la volonté collective (autonomie collective). On pense notamment aux droits qui protègent l'intégrité physique (tels que le droit à la vie ou l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants) ou un certain degré de sécurité et de liberté (tels que la prohibition de l'esclavage et l'interdiction du travail forcé, la liberté de se déplacer, de choisir des activités et de nouer des relations). Les conceptions libérale et démocratique des droits se recoupent donc partiellement<sup>44</sup>. La question de l'extension des droits corollaires aux droits sociaux peut également être posée. Nous y reviendrons dans la section suivante (cf. *infra*, n°283).

**270.** Le cadre normatif de la démocratie impose non seulement au pouvoir politique de respecter les droits-supports de la démocratie mais il implique également que les droits humains, dans leur évolution, tendent vers la réalisation des principes d'autonomie collective et d'égalité. Le questionnement du droit et la formulation politique de nouveaux droits doit passer par la recherche d'une meilleure concrétisation des principes d'autonomie collective et d'égalité. Les droits humains sont ouverts et évolutifs mais les droits nouveaux doivent s'étayer sur les premiers. A ce propos, Lefort écrit que le critère qui permet de juger de la légitimité du droit nouveau est sa conformité à l'esprit des droits humains<sup>45</sup> :

« Une des conditions du succès de la revendication réside dans la conviction partagée que le droit nouveau est conforme à l'exigence de liberté dont témoignent les droits déjà en vigueur. C'est ainsi qu'au XIX<sup>ème</sup> siècle, le droit d'association des travailleurs ou le droit de grève, tout en résultant d'un changement dans les rapports de force, se font reconnaître, auprès de ceux-là même qui n'en étaient pas les instigateurs, comme une extension légitime de la liberté d'expression ou de la résistance à l'oppression. C'est ainsi encore qu'au XX<sup>ème</sup> siècle, le vote des femmes ou nombre de droits sociaux et économiques apparaissent à leur tour comme un prolongement des droits primitifs, ou les droits dits culturels comme un prolongement du droit à l'instruction. Tout se passe comme si les

---

<sup>42</sup> P. GÉRARD, *L'esprit des droits...*, *op. cit.*, pp. 134-135.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 137.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 138.

<sup>45</sup> C. LEFORT, « Droits de l'homme et Etat-providence », *op. cit.*, p. 53.

droits nouveaux s'avéraient rétrospectivement faire corps avec ce qui avait été jugé constitutif des libertés publiques »<sup>46</sup>.

En conclusion, l'approche démocratique des droits implique le respect des impératifs substantiels démocratiques d'autonomie collective et d'égalité ainsi que l'articulation d'un débat démocratique sur la meilleure façon de concrétiser ces principes à travers des droits spécifiques.<sup>47</sup> Elle n'induit pas un relativisme historique puisque l'évolution des droits devra toujours être rapportée à ces principes. L'acceptation des conflits sur les normes souhaitables (caractère évolutif et ouvert des droits) combinée avec les impératifs d'autonomie collective et d'égalité sont ainsi, selon Gérard, les facteurs explicatifs de la dynamique de reconnaissance continue de nouvelles catégories de droits<sup>48</sup>.

#### Encadré 23 - Le statut des droits humains dans la conception démocratique des droits

Droits-supports de la démocratie		Droits-produits de la démocratie
<b>Noyau-dur des droits</b> Droits qui instituent les conditions politiques et juridiques de la démocratie	<b>Droits corollaires</b> Droits qui visent à ce que les individus puissent effectivement exercer le noyau dur des droits	Droits qui résultent du débat démocratique sur les normes légitimes d'organisation de la société
<b>Normes supérieures irréversibles soustraites à l'aléa des décisions politiques</b>		<b>Normes contingentes et réversibles</b>

#### c. Des principes et enjeux de la société politique

**271.** Dans la conception démocratique des droits humains, les droits-supports de la démocratie sont des principes ou des limites qui doivent être respectés par la communauté politique. En ce sens, ils se posent en limites à la volonté du peuple. Par ailleurs, les droits humains, dans leur ensemble, qu'ils soient les supports ou les produits de la démocratie, comptent parmi les enjeux de la volonté collective. Ils sont appelés à orienter l'action politique. Le pouvoir politique doit mettre en œuvre, concrétiser et développer les droits<sup>49</sup>.

Le rôle de limite correspond à la fonction unique assignée aux droits fondamentaux dans leur interprétation libérale ou déontologiste. Pour rappel, suivant ces conceptions, les droits constituent des contraintes à l'intérieur desquelles l'action politique est libre de se donner les buts qu'elle entend poursuivre. Cette approche développe une vision dépolitisante des droits. Les droits sont uniquement considérés comme des limites à la majorité politique visant à

<sup>46</sup> C. LEFORT, « Droits de l'homme et Etat-providence », *op. cit.*, pp. 49-50.

<sup>47</sup> En ce sens, voy. également : W. WEYMANS, « Freedom through Political Representation... », *op. cit.*, pp. 267-269.

<sup>48</sup> P. GÉRARD, *L'esprit des droits*, *op. cit.*, pp. 130-131.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 35.

protéger les individus et les minorités. Les approches n'ont pas égard au fait que les droits constituent, parallèlement, le lieu d'articulations de revendications sociales et politiques de la part de la majorité<sup>50</sup>. L'approche démocratique reconnaît la dimension politique des droits humains : les droits humains sont considérés comme des objectifs de l'action politique. L'approche démocratique des droits humains dépasse en ce sens la distinction effectuée par Ronald Dworkin entre principes et politiques. Selon lui, les principes sont des « exigences dictées par la justice, l'équité ou quelque autre dimension de la morale »<sup>51</sup> alors que les politiques définissent « des buts à atteindre, c'est-à-dire souvent une amélioration portant sur un aspect de la vie économique, politique ou sociale »<sup>52</sup>. Dans la conception démocratique des droits humains, ceux-ci ne sont pas seulement les principes normatifs découlant de l'idée de démocratie ; les droits humains sont également des enjeux de la volonté collective. L'approche démocratique des droits humains est attentive à la question de l'effectivité des droits et de la meilleure réalisation des principes normatifs de la démocratie. Ce faisant, elle adopte une perspective conséquentialiste : les droits sont compris parmi les buts qui permettent d'évaluer l'action politique (à ce sujet, cf. également, *infra*, n°332).

**272.** La conception démocratique des droits implique qu'ils orientent le politique mais certainement pas qu'ils s'y substituent. En ce sens, elle se caractérise par son opposition à toute vision idéologique des droits. A ce propos, Fernand Tanghe écrit que :

« Dans nombre de conjonctures historiques, les droits de l'homme ont fait l'objet de tentatives d'instrumentalisation politique en vue d'instaurer une harmonie définitive qui ferait enfin triompher la « nature » de « l'homme ». Il faut donc distinguer entre l'action symbolique de ces droits et la fonction d'alibi qu'ils peuvent revêtir dans des conditions historiques particulières. Dans ce dernier cas, la référence à une nature humaine dissimule un artificialisme qui implique la négation de leur polysémie et s'inscrit dans la stratégie d'un pouvoir qui met tout en œuvre pour occuper la place (vide) de l'homme. Seules des approches « désontologisées » des droits de l'homme rendent pleinement justice à leur dimension symbolique ; des approches naturalisatrices, par contre, n'y voient qu'un instrument politique au service du refoulement de la conflictualité sociale et de la démocratie »<sup>53</sup>.

A l'opposé de toute vision idéologique des droits, la conception démocratique affirme la centralité du pouvoir politique, comme expression de la volonté collective, et entend stimuler la réflexion politique et sociale sur la légitimité des normes d'organisation de la société. La critique de la nature idéologique des droits ou de leur insuffisance sur le plan démocratique, c'est-à-dire au regard des principes de l'autonomie collective et de l'égalité, est ainsi une démarche centrale dans l'approche démocratique des droits. Elle permet à la société

<sup>50</sup> G. AÏTCHISON, « The Agonistic Dimension of Rights », University of Braga, Portugal, International Conference on Ethics and Political Philosophy, Novembre 2012, pp. 6-7.

<sup>51</sup> R. DWORKIN, *Prendre les droits aux sérieux*, Paris, PUF (traduit par M.-J. Rossignol et F. Limare), 1995, p. 80 (originellement publié en 1977).

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 79. Pour une critique de la distinction entre principes et politiques, voy. également : J. DE MUNCK, « Vers un nouveau paradigme du droit », in F. Eymard-Duvernay, *L'économie des conventions – méthodes et résultats*, Tome 1, Paris, La Découverte, 2006, p. 254

<sup>53</sup> F. TANGHE, *Le droit au travail...*, *op. cit.*, p. 127.

démocratique de questionner le droit et de l'adapter dans un processus continu en cherchant à concrétiser au mieux les principes d'autonomie et d'égalité<sup>54</sup>.

#### Encadré 24 - Les traits caractéristiques de la conception démocratique des droits humains

Des droits ouverts et évolutifs	vs. des droits absolus et définitifs (conceptions absolutistes des droits)
Le cadre normatif de la démocratie	vs. l'absence de cadre normatif ou la contingence pure (conceptions relativistes des droits)
Des 'limités à' et des 'enjeux de' la volonté collective	vs. uniquement des limites à la volonté collective (conceptions déontologistes des droits)  vs. uniquement des enjeux de la volonté collective (conceptions conséquentialistes des droits)

\*\*\*

**273.** L'avènement de la démocratie fonde l'institution des droits humains. Ils constituent le lieu d'institution du débat démocratique sur la légitimité des normes d'organisation de la société.

**274.** Dans leur conception démocratique, les droits humains ne sont pas absolus et définitifs ; ils sont ouverts et évolutifs. L'approche démocratique ne conduit toutefois pas à un relativisme absolu. Elle implique un débat continu sur l'adaptation des droits et des obligations y afférentes, dans le respect et la poursuite des principes démocratiques que sont l'autonomie collective et l'égalité.

## Section 2. La conception démocratique du droit au travail

**275.** Dans cette deuxième section, la grille de lecture démocratique des droits humains est appliquée au droit au travail. Suivant l'approche démocratique, le droit au travail est un droit ouvert et évolutif (§1). Son évolution doit toujours être rapportée au respect et à l'approfondissement des principes démocratiques (§2). Enfin, il constitue à la fois un principe et un enjeu de la volonté collective (§3).

**276.** La caractérisation de la conception démocratique du droit au travail est une entreprise normative puisqu'il s'agit de définir les traits que doit revêtir le droit au travail. Dans cette section, nous veillerons toutefois à mettre en évidence que les caractéristiques normatives du

<sup>54</sup> P. GÉRARD, *L'esprit des droits*, op. cit., p. 131.



droit au travail dans la conception démocratique des droits humains cadrent avec la réalité historique. C'est d'ailleurs la description historique et politique du droit au travail qui nous a amenés à opter pour une conception normative du rôle des droits humains fondée sur la démocratie (cf. conclusions du premier titre, n°244). Dans cette section, nous mettrons en parallèle les lignes normatives de la conception démocratique des droits humains avec les enseignements tirés de la première partie de la recherche consacrée à l'analyse historique et politique du droit au travail. La caractérisation du droit au travail en ressortira enrichie.

**277.** Le droit au travail fait l'objet de débats récurrents au sein de la littérature philosophique. A travers cette section, les principaux débats et arguments échangés sont évoqués. Nous développons par ailleurs un regard original sur ces débats à partir de l'approche théorique adoptée, à savoir la conception démocratique des droits humains. Cette approche nous permet d'une part de clarifier la portée des débats et, d'autre part, d'y apporter certaines balises.

### **§1. Un droit ouvert et évolutif**

**278.** Suivant l'approche démocratique des droits humains, le droit au travail n'est pas un droit absolu et définitif, dont le principe et le contenu s'imposeraient nécessairement à la société politique. En ce sens, l'analyse historique de l'émergence de l'idée du droit au travail a permis de mettre en évidence que l'idée du droit au travail n'est pas universelle ; l'exigence que la société offre à chacun de ses membres la possibilité d'exercer un travail est liée à l'affirmation de la centralité du travail dans les sociétés libérales modernes. Une fois le principe du droit au travail affirmé, les objectifs qui lui ont été assignés ont par ailleurs encore évolué au gré des débats démocratiques : une fonction instrumentale de subsistance lui étant tout d'abord reconnue et, ensuite, une fonction intrinsèque de réalisation de soi et d'épanouissement individuel. Enfin, nous avons enfin vu que les débats autour de la meilleure voie de réalisation du droit au travail n'ont jamais cessé (sur les origines historiques de l'idée du droit au travail et les débats autour de sa traduction juridique, cf. *supra*, le premier chapitre du premier titre).

**279.** Dans le droit international des droits humains, il ressort des travaux préparatoires et de la jurisprudence internationale relative aux textes internationaux que le droit au travail rejoint le giron des droits humains parce qu'il doit permettre aux individus de subvenir à leurs besoins mais également parce qu'il est considéré comme un vecteur puissant d'épanouissement individuel. Le droit porte par ailleurs exclusivement sur le travail productif et rémunéré. Enfin, le droit international des droits humains privilégie, dans son application, la voie réformatrice de réalisation du droit au travail (sur le droit au travail dans le droit international des droits humains, cf. *supra*, le deuxième chapitre du premier titre). Suivant l'approche démocratique des droits humains, la forme que revêt le droit au travail dans le droit international des droits humains doit être considérée comme temporaire. Elle ne met pas un terme au débat politique sur les droits.

C'est dans le cadre de ce débat que nous situons les échanges académiques autour des formes d'actualisations possibles du droit au travail. Nous identifions trois niveaux de débats dans la littérature : les discussions qui portent sur l'objet du droit, celles qui ont trait aux voies politiques de réalisation du droit et enfin celles qui mettent en cause le bien-fondé du droit en lui-même.

Une première partie de la littérature défend l'élargissement de la portée du droit au travail. Son objet ne devrait plus se limiter au travail rémunéré et productif mais devrait être étendu à toutes les activités sociales utiles et ce, de manière à libérer le travail de l'emprise du libéralisme économique (à ce sujet, cf. *supra*, n°33-37 et particulièrement le n°36)<sup>55</sup>.

Parallèlement, un débat s'engage, pour l'essentiel entre auteurs anglo-saxons, sur la meilleure voie politique de réalisation du droit au travail. Certains auteurs plaident pour que le droit au travail devienne une véritable garantie d'emploi. Parmi ceux-ci, les économistes néo-keynésiens avancent le modèle de l'« Etat employeur de dernier ressort ». Leur projet ne vise pas à remplacer l'économie de marché par une économie dirigée par les Etats mais à sécuriser le droit au travail en obligeant les Etats à procurer un travail aux personnes qui ne parviennent pas à employer leur force de travail sur le marché libre du travail<sup>56</sup>. Tout en reconnaissant au travail une fonction centrale dans l'épanouissement des individus, d'autres auteurs s'opposent à la consécration d'un droit individuel et subjectif au travail<sup>57</sup>. Parmi ces derniers, on relèvera que certains promoteurs de l'allocation universelle avancent que la garantie inconditionnelle d'un revenu constituerait en réalité la meilleure voie de sécurisation du droit au travail. Ainsi, selon Jean-Marc Ferry, l'allocation universelle ne doit pas renforcer la liberté négative de ne

---

<sup>55</sup> Voy. not. : R. ARNESON, « Is Work Special ? Justice and the Distribution of Employment, *The American Political Science Review*, Vol. 84, n°4, Décembre 1990, pp. 1127-1147 ; Entretien de Jean-Marc Ferry par O. MONGIN, « Pour une autre valorisation du travail. Défense et illustration du secteur quaternaire, *Esprit*, juillet 1997, n°234, pp. 5-17 ; A. SUPLOT (dir.), *Au-delà de l'emploi. Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Paris, Flammarion, 1999, p. 56 et p. 222 (sur les droits de tirage sociaux) ; D. MARSDEN et H. STEPHENSON (dir.), « Labour Law and Social Insurance in the New Economy : A Debate of the Suplot Report », Discussion Paper de la London School of Economics, 2001 ; P. VIELLE, *La sécurité sociale et la coût indirect des responsabilités familiales. Une approche de genre*, op. cit., pp. 576-585 ; N. DRANCOURT, « Activation de la protection sociale : un droit à revenu universel de type nouveau ? », *Mouvements*, Vol. 1, n°73, 2013, pp. 122-129 ; B. ALCOTT, « Should Degrowth Embrace the Job Guarantee ? », *Journal of Cleaner Production*, n°38, 2013, pp. 56-60 ; O. DE SCHUTTER, « Activation Policies for the Unemployed, Redefining a Human Rights Response », in E. Dermine et D. Dumont (dir.), *Activation Policies for the Unemployed, the Right to Work and the Duty to Work*, Bruxelles, PIE-Peterlang, 2014, pp. 272-275 ; *Contra* : J. ELSTER, « Is There (or Should There Be) a Right to Work ? », in A. Gutmann (éd.), *Democracy and the Welfare state*, Princeton, Princeton University Press, 1988, p. 74 suivant lequel « To engender self-esteem, work must first of all result in production of a good or service that is valued by consumers or taxpayers » (pour une critique de cette affirmation, voy., dans la conclusion générale, le n°558).

<sup>56</sup> En ce sens, voy. J. W. NICKEL, « Is There a Human Right to Employment ? », op. cit., pp. 149-170 ; M. RUSTIN, « A Statutory Right to Work », *New Left Review*, n°137, 1983, pp. 48-67 ; R. ARNESON, « Is Work Special ?... », op. cit., pp. 1127-1147. Il est également référé au travail de Philip Harvey, juriste et économiste américain qui a consacré une grande partie de son travail à plaider pour la sécurisation du droit au travail. Nous ne référerons ici qu'à quelques-uns de ses écrits : P. HARVEY, *Securing the Right to Employment : Social Welfare Policy and the Unemployed in the United States*, Princeton, Princeton University Press, 1989 ; « The Right to Work and Basic Income Guarantees : Competing or Complementary Goals », *Rutgers Journal of Law and Urban Policy*, Vol. 2, n°1, 2005, pp. 8-48 ; « Securing the Right to Work and Income Security », in E. Dermine and D. Dumont (dir.), *Activation Policies for the Unemployed...*, op. cit., pp. 223-254.

<sup>57</sup> Voy. not., J. ELSTER, « Is There (or Should There Be) a Right to Work ? », op. cit., pp. 53-78. Parmi les opposants à la consécration d'un droit individuel et effectif au travail, figurent également les promoteurs de l'allocation universelle (voy. *infra*, la note de bas de page 59).

pas travailler mais plutôt « la liberté positive de choisir son activité et la capacité du demandeur d'emploi de se présenter sur le marché du travail en tant qu'offreur de travail »<sup>58</sup>.

Parmi les promoteurs de l'allocation universelle, nombreux sont toutefois ceux qui plaident, et nous nous trouvons alors au troisième niveau de débat, pour l'abandon de l'idée du droit au travail. Ces derniers mettent en cause la centralité du travail dans l'épanouissement des individus. Ils défendent l'abandon du droit au travail au profit d'un droit à un revenu inconditionnel qui permettrait aux individus de déterminer la vie qu'ils entendent mener, l'épanouissement n'étant pas nécessairement lié à l'accomplissement d'un travail<sup>59</sup>.

Nous reviendrons sur les arguments mobilisés dans le cadre de chacun de ces débats dans le troisième paragraphe.

**280.** Notre réflexion sur le statut du droit au travail et sur son articulation avec le politique permet de mettre en évidence qu'à travers ces échanges académiques, les auteurs s'engagent dans le débat démocratique sur le contenu des droits et, à l'appui de leur expertise en tant que philosophes, économistes, juristes ou sociologues, plaident pour une réinterprétation des droits sociaux. Nous ne prenons pas part à ces débats dans le cadre de la recherche car notre propos n'est pas de défendre une conception politique ou morale particulière du droit au travail ou plus généralement des droits sociaux. En adoptant une approche démocratique, nous mettons en évidence que le contenu du droit au travail ne doit pas échapper à la société politique. Nous définissons par ailleurs le cadre dans lequel doivent se dérouler les débats démocratiques sur le principe, la conception politique et l'objet du droit au travail, et ce afin d'éviter toute instrumentalisation politique des droits humains. C'est l'objet du paragraphe suivant.

## **§2. Le cadre normatif de la démocratie**

**281.** Si le droit au travail doit pouvoir faire l'objet de discussions politiques, nous avons vu dans la section précédente, que l'adoption d'une conception démocratique des droits humains impliquait que ce débat se situe dans le cadre normatif déterminé de la démocratie. Dans ce paragraphe, nous allons préciser les balises qui doivent, suivant cette approche, présider aux discussions sur le droit au travail.

---

<sup>58</sup> Entretien de Jean-Marc Ferry par O. MONGIN, « Pour une autre valorisation du travail... », *op. cit.*, p. 15. Voy. également, en ce sens : Y. VANDERBORGHT, « The Tensions of Welfare State Reform and the Potential of a Universal Basic Income », in E. Dermine and D. Dumont (dir.), *Activation Policies for the Unemployed...*, *op. cit.*, pp. 213-214.

<sup>59</sup> Voy. not. : G. STANDING (dir.), *Promoting Income Security as a Right : Europe and North America*, Londres, Anthem Press, 2002 ; J. HANDLER et A. BABOCK, « The Failure of Workfare : Another Reason for a Basic Income Guarantee », *Basic Income Studies* (revue en ligne), Vol. 1, n°1, 2006 ; Y. VANDERBORGHT et P. VAN PARIJS, *L'allocation universelle*, Paris, La Découverte, 2005 ; Y. VANDERBORGHT, « The Tensions of Welfare State Reform and the Potential of a Universal Basic Income », *op. cit.*, pp. 209-222. Pour un aperçu des recherches récentes relatives à l'allocation universelle, voy. K. WIDERQUIST, J.A. NOGUERA, Y. VANDERBORGHT and J. DE WISPELAERE (dir.), *Basic Income: An Anthology of Contemporary Research*, New York, Wiley-Blackwell, 2013.

**282.** Le droit au travail ne fait bien entendu pas partie du noyau dur des droits de la conception démocratique. Pour rappel, le noyau dur n'inclut que les grandes catégories des droits et libertés politiques (cf. *supra*, n°269). On peut toutefois se demander si le droit au travail ne doit pas compter parmi les droits-soutiens de la démocratie au titre de droit corollaire (sur cette notion, cf. *supra*, n°269), en ce qu'il serait nécessaire à ce que les individus puissent effectivement jouir du noyau dur des droits humains.

Pour répondre à cette question, il faut à notre sens opérer une distinction entre la dimension de liberté et la dimension de créance du droit au travail. Pour rappel, dans sa dimension de liberté, le droit au travail postule l'interdiction du travail forcé et le droit au travail librement choisi. La protection des individus contre les atteintes de l'Etat à leur liberté du travail compte parmi les droits corollaires de l'approche démocratique. On peut en effet considérer que le droit au travail, dans sa dimension de liberté, vise à assurer aux individus un degré de liberté suffisant pour pouvoir exercer les droits « noyau-dur » de la démocratie, c'est à-dire pour être en mesure de participer à la formation de la volonté collective. Le droit au travail, dans sa dimension négative, compte dès lors parmi les enjeux supérieurs dont le politique ne peut se désintéresser.

Qu'en est-il du droit au travail dans sa dimension de créance ? Nous proposons de nous pencher tout d'abord sur la question plus générale du statut des droits sociaux dans la conception démocratique des droits humains. Selon Philippe Gérard, les droits sociaux minimaux font partie des droits corollaires. Ils jouissent du statut de norme supérieure en ce qu'ils garantissent aux individus le niveau de vie minimum indispensable pour exercer le noyau dur des droits humains<sup>60</sup>. Lefort insiste quant à lui sur la distinction entre les libertés politiques proclamées à la fin du XVIIIème siècle et les droits économiques, sociaux et culturels ultérieurement consacrés. Selon lui, seules les premières libertés sont génératrices de la démocratie, en ce qu'elles constituent les conditions *sine qua non* d'un débat démocratique sur le légitime et l'illégitime et de l'articulation de revendications sociales. Ces libertés formulent « le droit à avoir des droits » selon l'expression qu'il emprunte à Hannah Arendt. Les droits économiques, sociaux et culturels ne feraient pas partie, selon Lefort, de l'essence de la démocratie, dès lors qu'ils peuvent être supprimés sans que le processus démocratique ne soit anéanti, les conditions de la contestation étant préservées. Il considère toutefois que les droits sociaux, économiques et culturels ont contribué à l'élargissement de l'espace public dans lequel se propage le questionnement du droit, en y donnant accès aux masses qui en étaient exclues.<sup>61</sup> Il semble donc que Lefort ne rangerait pas les droits sociaux dans la catégorie des « droits corollaires » élaborée par Philippe Gérard. En ce que ces droits participent à l'approfondissement des principes démocratiques, ils jouissent toutefois d'une légitimité particulière et ne peuvent, en toute hypothèse, être modifiés ou remplacés par la société politique qu'à la condition qu'il ressorte du débat démocratique que leur modification ou remplacement permettrait de mieux concrétiser les principes démocratiques.

Parmi les droits sociaux, la forme spécifique du droit au travail ne figure manifestement pas parmi les droits-soutiens de la démocratie. Dans la conception démocratique des droits

<sup>60</sup> P. GÉRARD, *L'esprit des droits...*, op. cit., p. 137.

<sup>61</sup> C. LEFORT, « Droits de l'homme et Etat-providence », op. cit., pp. 53-58.

humains, il ne jouit dès lors pas du statut de droit humain, au sens philosophique du terme, c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas d'une norme supérieure qui s'impose définitivement au politique. Il s'agit d'un droit-produit de la démocratie. Est-ce à dire pour autant que le droit au travail est soumis à l'aléa des décisions politiques ? Non, l'approche démocratique cadre et oriente le débat démocratique relatif au principe, au contenu et à l'objet du droit au travail. Dans la logique expansive des droits démocratiques, la revendication politique et sociale du droit au travail s'inscrivait dans le prolongement des premiers droits. Nous avons ainsi vu, dans le premier titre (n°38-42) que, dans les sociétés libérales modernes centrées sur le travail, l'idée du droit au travail était apparue comme liée au premier des droits, le droit dont dépend la réalisation de tous les autres, le droit à la vie. Si le droit au travail ne constitue pas un droit-support de la démocratie, sa reconnaissance s'est imposée parce qu'il s'étayait sur les premiers droits.

Dès lors, sa modification ou son remplacement ne seront légitimes, suivant l'approche démocratique des droits humains, que si la nouvelle proposition respecte l'esprit des droits et cherche à contribuer à une meilleure réalisation des principes démocratiques. Concrètement, différentes balises peuvent à ce titre être identifiées. La proposition politique doit apparaître apte à sécuriser le droit à la vie, dans ses aspects de subsistance et d'épanouissement individuel ; elle ne doit pas porter atteinte à la liberté du travail qui figure parmi les droits-supports de la démocratie. Enfin, elle doit viser à approfondir les principes démocratiques d'autonomie collective et d'égalité.

**283.** L'approche démocratique des droits humains nous permet de développer un positionnement dans le débat académique relatif au statut des droits sociaux. Dans cette discussion, certains considèrent que les droits sociaux et les droits liés au travail (*labour rights*) ne peuvent pas être mis sur le même pied que les droits civils et politiques. Contrairement aux derniers qui sont du ressort des droits humains, les droits sociaux relèveraient du domaine de la politique<sup>62</sup>. D'autres auteurs s'opposent à cette conception et défendent que les droits sociaux ressortent également du giron des droits humains<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> Voy. À titre exemplatif: M. CRANSTON, *What are Human Rights ?*, Londres, Bodley Head, 1973 ; J. YOUNGDAHL, « Solidarity First : Labor Rights are Not the Same as Human Rights », *New Labor Forum*, Vol. 18, n°1, 2009, pp. 30 et s. ; H. ARTHURS, « Who's Afraid of Globalization ? Reflection on the Future of Labour Law » in J. D. R. CRAIG et S. M. LYNK (dir.), *Globalization and the Future of Labour Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 51-64 ; R. P. MCINTYRE, *Are Worker Rights Human Rights ?*, Michigan, University of Michigan Press, 2008.

<sup>63</sup> H. SHUE, *Basic Rights : Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*, Princeton, Princeton University Press, 1980 ; J. NICKEL, *Making Sense of Human Rights*, Malden, Blackwell, 2007 (deuxième édition) ; C. BEITZ, *The Idea of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 161-174 ; C. WELLMAN, *The Moral Dimensions of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 12-13 ; J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986, Chapters 14 and 15 ; J. WALDRON, « Homelessness and the Issue of freedom », *UCLA Law Review*, Vol. 39, n°295, 1991, pp. 295 et s. ; *ibid.*, « Rights and Needs : The Myth of Disjunction », in A. Sarat and T. R. Kearns (dir.), *Legal Rights. Historical and Philosophical Perspectives*, Michigan, Michigan University Press, 1996, pp. 87-109 ; J. WALDRON, *Liberal Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993. Pour un aperçu des différents principes sur lesquels la littérature fonde l'attribution de la qualité de droits humains aux droits sociaux, voy. : K. G. YOUNG, « A Typology of Economic and Social Rights Adjudication: Exploring the Catalytic Function of Judicial Review », *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 8, n°3, 2010, pp. 398-401 ; K. G. YOUNG, *Constituting Economic and Social Rights*,

Un biais peut être observé dans la littérature lorsque la question est abordée par des juristes. Des arguments positivistes ou légalistes se mêlent aux arguments philosophiques ou normatifs lorsqu'il s'agit de qualifier les droits sociaux<sup>64</sup>. La question qui nous intéresse est celle de l'attribution de la qualification de droits humains au sens philosophique du terme aux droits sociaux et non celle de leur qualification juridique. Sur le plan juridique, la question fait beaucoup moins débat, à tout le moins en Europe, où la doctrine s'accorde actuellement à considérer que les droits sociaux peuvent être qualifiés, sur le plan juridique, de droits humains au même titre que les droits civils et politiques. Suivant l'approche positiviste, les droits sociaux sont en effet, de la même manière que les droits civils et politiques, formellement reconnus comme des droits humains dans des textes nationaux et internationaux consacrés aux droits humains. Par ailleurs, il n'existe pas de différence de nature telle entre les deux catégories de droits qui justifierait que les droits sociaux soient par principe considérés comme non-justiciables<sup>65</sup> (sur la notion de justiciabilité, cf. *supra*, n°20, sur la question normative de la justiciabilité des droits sociaux sociaux, cf. également *infra*, n°298-299).

La question du statut des droits sociaux sur le plan philosophique demeure plus controversée. Aucune des positions en présence ne parvient à s'imposer dès lors qu'aucune ne peut s'appuyer sur un principe de justification absolu. Les différents principes de justification avancés en faveur de l'une ou l'autre thèse reposent en définitive sur une série de convictions morales ou politiques dont le choix résulte d'une décision arbitraire. En toute hypothèse et quel que soit le principe de justification invoqué, aucune des théories absolutistes des droits humains ne reconnaît au droit au travail le statut philosophique de droit humain. Tout au plus, ces théories permettent d'intégrer dans le giron des droits humains les droits sociaux minimaux visant à assurer la subsistance et à répondre à des besoins urgents tels que se nourrir, se loger ou encore se soigner<sup>66</sup>.

La conception démocratique des droits humains nous permet de dépasser la dichotomie entre droits humains et politique. Tout en effectuant une distinction entre les droits-supports et les droits-produits de la démocratie, elle instaure une gradation quant à la mesure dans laquelle les droits humains, et les droits sociaux, lient la société politique. Seuls les droits sociaux

---

Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 33-65 et J. KING, *Judging Social Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 20-28.

<sup>64</sup> La question du statut du droit au travail peut être envisagée sous un angle normatif ou sous un angle descriptif. L'approche positiviste figure parmi les approches descriptives. Les angles d'analyse doivent absolument être distingués. La question philosophique du statut du droit au travail est en effet indépendante de la question de sa réalisation par le droit ou par d'autres institutions (en ce sens, voy. également : V. MANTOUVALOU, « Are Labour Rights Human Rights ? », « Are Labour Rights Human Rights ? », *European Labour Law Journal*, Vol. 3, n°2, 2012, p. 151).

<sup>65</sup> C. FABRE, *Social Rights Under the Constitution*, Oxford, Clarendon Press, 2000 ; B. HEPPLER, *Social and Labour Rights in a Global Context : International and Comparative Perspectives*, Cambridge, Cambridge University press, 2002 ; S. LIEDEBERG, « The Protection of Economic and Social Rights in Domestic Legal Systems », in A. Eide, C. Krause et A. Rosas (dir.), *Economic, Social and Cultural Rights*, The Hague, Kluwer, 2002, pp. 55-84.

<sup>66</sup> Dans une récente contribution, H. Collins conclut en ce sens à l'impossibilité de justifier les droits liés au travail (labour rights) sur base de la théorie des droits fondamentaux, que ce soit sur base des théories naturalistes ou de la philosophie politique libérale. Tout au plus, ces théories permettent de justifier les droits sociaux minimaux (H. COLLINS, « Theories of Rights as Justifications for Labour Law », in G. Davidov et B. Langille (dir.), *The Idea of Labour Law*, Oxford, Oxford University press, 2011, pp. 137-155).

minimaux constituent des droits humains au sens philosophique du terme. Ils lient de manière définitive la société politique parce qu'ils constituent des droits corollaires sans lesquels les individus ne pourraient pas exercer de manière effective leurs libertés politiques (noyau-dur des droits). Ce n'est pas pour autant que le droit au travail, qui ne constitue pas un droit humain au sens philosophique du terme, est entièrement soumis aux aléas des décisions politiques. Il s'agit d'un droit contingent qui s'est imposé, dans les sociétés libérales modernes, comme un prolongement du droit à la vie. S'il ne s'agit pas d'un droit irréversible, la conception démocratique exige toutefois que son abandon ou son actualisation s'inscrive dans le prolongement des droits et dans la poursuite d'une meilleure réalisation des principes démocratiques de l'autonomie collective et de l'égalité.

### *§3. Une limite et un enjeu de la volonté collective*

**284.** Dans la conception démocratique des droits humains, le droit au travail pose des limites à l'action collective. Le politique ne peut pas entreprendre des actions qui porteraient atteinte à l'interdiction du travail forcé et au droit au travail librement entrepris. Par ailleurs, le politique doit poursuivre la réalisation de ces droits-soutiens de la démocratie. En tant que droit-produit de la démocratie, le droit au travail dans sa dimension de créance constitue quant à lui un objectif qui doit être poursuivi et réalisé progressivement par le pouvoir politique.

**285.** De manière plus générale, la conception démocratique des droits humains implique que le questionnement du principe et du contenu du droit au travail se déroule non seulement dans le respect des droits qui génèrent la démocratie (les droits humains comme limites à l'action politique) mais vise par ailleurs à améliorer la concrétisation de ces droits-soutiens (les droits humains comme enjeux de la volonté collective).

Cette considération normative est corroborée par l'analyse historique de l'émergence de l'idée du droit au travail et de la construction récursive des conceptions politiques du droit au travail. Elle est également confirmée dans les échanges académiques actuels autour des formes d'actualisations possibles du droit au travail. La critique de la nature idéologique du droit ou de son insuffisance sur le plan démocratique apparaît en effet comme le principal ressort de son développement. Les débats démocratiques sur le droit au travail s'articulent ainsi autour de deux grands arguments principaux.

Premièrement, le droit au travail fait l'objet de critiques parce qu'il porte uniquement sur le travail rémunéré et productif. Dans ces conditions, le droit au travail est accusé de ne pas être un droit humain mais un instrument au service du libéralisme économique. La fonction de cohésion sociale assignée au droit au travail est accusée de prendre le pas sur sa fonction dans l'épanouissement des individus. Dans cette hypothèse, c'est la nature idéologique du droit au travail qui est dénoncée. Sur base de cet argument, certains plaident pour un élargissement de l'objet du droit au travail ; d'autres par son abandon au profit d'un droit à un revenu garanti.

Le deuxième argument est invariablement invoqué afin de dénoncer une voie politique de réalisation du droit au travail et en avancer un autre. Ce deuxième ensemble de critiques peut être synthétisé comme suit : une conception politique du droit au travail est attaquée parce qu'elle entraînerait en pratique une mutation du droit en devoir de travailler. Le travail n'offre alors plus de perspectives en termes d'épanouissement individuel et de réalisation de soi. Dans cette seconde hypothèse, c'est l'argument de la contrariété à l'esprit des droits et l'insuffisance sur le plan démocratique qui est mobilisé. La conception politique du droit au travail est accusée de nuire à la liberté du travail, qui est à l'essence même de la consécration du droit et qui constitue un droit-support de la démocratie. Nous avons ainsi vu que les conceptions libérale, classique, socialiste et réformiste se sont construites par la critique réciproque autour de cet argument. Nous avons par ailleurs vu que la critique sociétale de la conception réformiste et de l'indemnisation passive du chômage se construit aujourd'hui autour du même argument. Enfin, dans les débats académiques relatifs au droit au travail, les détracteurs dudit droit fondent également leur réquisitoire sur cet argument.

\*\*\*

**286.** L'approche démocratique des droits humains, confortée par les enseignements de la contextualisation historique et politique de la construction philosophique et juridique du droit au travail, nous a permis de qualifier le droit au travail et de proposer une lecture, aussi bien explicative qu'évaluative, des débats philosophiques et politiques relatifs au droit au travail.

Le droit au travail apparaît comme un droit ouvert et évolutif, tant dans son contenu que dans son principe. Les prises de position académiques et politiques sur le droit au travail n'offrent pour la plupart pas de réponse théorique à la question du statut du droit au travail mais participent, en aval de cette question, à la vitalité du débat démocratique sur la légitimité du droit au travail et sur les formes d'actualisation possibles de ce droit.

Dans le cadre de la présente recherche, nous ne prenons pas position en faveur de l'une ou l'autre de ces propositions. Toutefois, l'approche démocratique des droits humains offre un cadre évaluatif ouvert qui permet de cadrer et d'orienter le débat sur les formes possibles d'actualisations du droit au travail. Les propositions doivent respecter et viser à une meilleure concrétisation des droits-supports.



## Conclusion du Chapitre 1

**287.** Aborder la question du statut des droits humains permet de clarifier leur rapport avec le politique. Autrement dit, de définir la mesure dans laquelle les droits humains s'imposent à la souveraineté populaire.

**288.** A partir des travaux de Claude Lefort sur le rôle de l'institution des droits humains dans l'avènement et le maintien de la démocratie, nous avons conceptualisé, dans la lignée des travaux de Philippe Gérard, une approche démocratique des droits humains, dans laquelle la démocratie constitue le fondement ainsi que l'horizon des droits humains. Nous avons précisé l'articulation entre les droits humains et le politique instituée par l'approche démocratique, en la distinguant des conceptions absolutistes et des conceptions relativistes des droits humains. A la différence des conceptions absolutistes des droits, la conception démocratique n'opère pas de déconnexion entre les droits et le politique. Le contenu des droits n'échappe pas au politique ; au contraire, la légitimité des droits humains dépend de la vivacité du débat démocratique sur leur contenu. La conception démocratique se distingue également des conceptions relativistes des droits humains. L'institution des droits humains n'est pas à la merci de la volonté de la société politique. La conception démocratique des droits humains n'assimile pas les droits au politique ; au contraire, elle opère une distanciation entre les droits et le politique. Cette distanciation fait des droits l'outil de relance du débat démocratique sur la légitimité des normes sociales. Nous avons ensuite décrit l'approche démocratique des droits : les droits y sont ouverts et évolutifs ; le débat démocratique sur les droits doit toutefois se dérouler dans le cadre normatif ouvert de la démocratie ; enfin, les droits constituent à la fois des limites à l'action politique et des objectifs de celle-ci.

**289.** Après avoir traité la question générale du statut des droits humains, nous nous sommes concentrés sur la problématique spécifique du statut du droit au travail. Le droit au travail n'est pas à ranger parmi les droits qui participent à l'institution de la démocratie ; il fait partie des droits qui sont le produit circonstancié du débat démocratique. Il s'agit donc d'un droit ouvert et évolutif, dont le principe comme le contenu doivent pouvoir être débattus et mis en cause, et ce dans le respect et la poursuite de la réalisation des principes normatifs de la démocratie. Les enseignements de la première partie de la recherche dédiée à l'analyse historique et politique de l'émergence de l'idée du droit au travail et des différentes conceptions politiques du droit démontrent la pertinence empirique de l'adoption d'une conception démocratique du droit au travail. Réciproquement, l'approche démocratique des droits permet d'expliquer l'origine et le développement du droit au travail. L'idée du droit au travail s'est imposée en vue d'approfondir les premiers droits, singulièrement le droit à la vie, ainsi que les principes démocratiques. Les conceptions politiques du droit au travail se construisent, s'ajustent et se renouvellent en réponse aux critiques fondées sur la nature idéologique ou l'insuffisance démocratique des précédentes conceptions politiques.

## Chapitre 2. Le rôle et le pouvoir d'action de la jurisprudence internationale relative aux droits humains dans la recomposition des politiques sociales

### Introduction

**290.** Dans ce chapitre, il est procédé à une réflexion sur les conditions qui fondent une action légitime et efficace des organes internationaux chargés de contrôler l'application du droit international des droits humains. L'exercice de la mission d'application du droit implique de leur part qu'ils déterminent les exigences qui découlent d'un droit abstrait face à un cas concret<sup>67</sup>.

**291.** Une littérature abondante s'est penchée sur la question du pouvoir d'action des cours suprêmes nationales dans l'application des droits humains constitutionnels mais la question reste délaissée au niveau des organes de supervision de l'application des pactes internationaux. Par ailleurs, les réflexions académiques sur l'action de la jurisprudence relative aux droits humains sont généralement déconnectées de la question du statut des droits humains. Nous estimons que ces questions devraient être liées. Le pouvoir d'action reconnu aux organes internationaux chargés d'appliquer les pactes internationaux consacrant les droits humains ou encore aux juges nationaux chargés d'appliquer les droits humains constitutionnels dépend du statut reconnu aux droits humains ainsi que de la définition de leur articulation avec le politique (cf. *supra*, n°23). Nous avançons dès lors la position suivante : l'action de la jurisprudence internationale est légitime et efficace à la condition de concrétiser les exigences de la conception démocratique des droits humains. La pratique du droit international des droits humains doit concrètement assurer que les droits revêtent les traits caractéristiques propres à l'approche démocratique.

**292.** Nous démontrons que les approches libérales traditionnelles de la mission d'application du droit international des droits humains sont insuffisantes au regard de l'approche démocratique des droits humains (Section 1). Cette démonstration nous amène à formuler un projet positif dans les deux sections suivantes : combiner les apports de deux théories contemporaines, l'expérimentalisme démocratique de Charles Sabel et Michaël Dorf (Section 2) et l'approche par les capacités d'Amartya Sen (Section 3), pour développer une approche démocratique de l'action de la jurisprudence internationale dans la recomposition des politiques sociales.

---

<sup>67</sup> Voy. *supra*, dans l'introduction générale, n°12-14. Pour rappel, suivant les procédures, les cas concrets peuvent consister en une situation individuelle, une norme ou encore en l'état général de la législation et de son application

## Section 1. L'impasse démocratique des approches traditionnelles de l'action de la jurisprudence internationale

**293.** La présente section s'articule en quatre temps. Elle s'ouvre sur le constat que les organisations internationales font face à un dilemme entre légitimité démocratique et application des droits humains (n°294-295). Nous présentons ensuite une synthèse de la littérature relative au dilemme de même type rencontré par les juges constitutionnels dans les Etats nationaux afin d'éclairer le dilemme au niveau international (n°296-299). Dans un troisième temps, les spécificités du dilemme au niveau international sont mises en avant (n°300). Enfin, nous montrons que les voies traditionnelles proposées à la jurisprudence ne permettent pas de sortir du dilemme et s'avèrent insatisfaisantes au regard de la conception démocratique des droits humains présentée dans le premier chapitre (n°301).

**294.** Suivant la conception libérale du droit, le droit international des droits humains est élaboré par les Etats et son application est, dans un second temps, contrôlée par des organes internationaux mis en place par les Etats. Ces derniers doivent ainsi veiller au respect et à la réalisation progressive des droits par les Etats. La formulation des droits dans les pactes internationaux est abstraite. Pour appliquer le droit international des droits humains, les organes internationaux doivent déterminer les exigences qui découlent d'un droit abstrait face à un cas concret. Suivant la conception libérale du droit, les organes internationaux doivent appliquer un droit élaboré une fois pour toutes par les Etats à des cas concrets par le biais d'interprétations téléologiques. Ils doivent rechercher quelle aurait été la volonté des auteurs des textes juridiques face au cas concret qui leur est soumis. Au-delà de la séparation idéale entre les phases d'élaboration et d'application du droit inhérente à la conception libérale du droit, on admet aujourd'hui qu'en spécifiant le droit, les organes internationaux participent à la création et au développement du droit<sup>68</sup>.

**295.** Les membres des organes internationaux n'ont pas été élus démocratiquement et leur travail ne fait pas l'objet d'un contrôle démocratique. Dans l'exercice de leur mission, les organes internationaux font dès lors face à un dilemme insoluble : soit ils déterminent de manière décomplexée les exigences concrètes qui découlent des droits humains et s'exposent à une perte de légitimité démocratique, les Etats risquant de considérer qu'ils excèdent leur mission d'application du droit et qu'ils usurpent leur souveraineté nationale ; soit ils adoptent une attitude d'auto-restriction au nom de ce même principe de souveraineté nationale, mais ils faillissent à leur mission de contrôle de l'application des droits. Cette tension entre légitimité démocratique et application du droit - inhérente à la fiction libérale du séquençage entre élaboration et application du droit - est exacerbée par le manque d'expertise technique et de connaissances de terrain auxquels font face les organes internationaux afin de développer des solutions politiques adaptées aux circonstances concrètes.

---

<sup>68</sup> S. BESSON, « Legal Philosophical Issues of International Adjudication. Getting Over the Amour Impossible between International Law and Adjudication », in C. Romano, Alter, Shany, *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 420.

**296.** Si ce dilemme a été observé pour plusieurs organes internationaux, il a été très peu formalisé et théorisé par la littérature jusqu'à présent<sup>69</sup>. Ce dilemme est également rencontré par les juges nationaux chargés d'appliquer la Constitution. Au niveau national, il a fait l'objet d'analyses plus systématiques sous l'angle de la théorie de la fonction de juger ou de la théorie de la démocratie constitutionnelle. Le débat s'est plus particulièrement structuré autour de deux problématiques : l'indétermination légale en droit constitutionnel et la justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels. Nous proposons de synthétiser ces débats afin d'éclairer le dilemme qui se pose aux organes de supervision de l'application des pactes internationaux relatifs aux droits humains<sup>70</sup>.

**297.** *L'indétermination légale en droit constitutionnel : aperçu de la littérature* - Suivant le modèle institutionnel de démocratie actuellement dominant, la démocratie exige une institution qui la protège ainsi que les intérêts des plus faibles et des groupes minoritaires contre la tyrannie de la majorité<sup>71</sup>. La constitution consacre des droits et des principes qui limitent le pouvoir du politique et dont la protection est garantie par le juge constitutionnel. L'indétermination des règles constitutionnelles expose le modèle de la démocratie constitutionnelle à des préoccupations démocratiques. Du fait que la plupart des règles constitutionnelles ne produisent pas de réponses déterminées à des controverses concrètes, la démocratie constitutionnelle ouvre la porte à l'arbitraire et à la discrétion du juge constitutionnel<sup>72</sup>. Traditionnellement, les théoriciens de la démocratie constitutionnelle ou de la fonction de juger cherchent à « domestiquer l'arbitraire »<sup>73</sup>. A partir d'analyses empiriques des décisions des juridictions suprêmes, ils œuvrent à systématiser les hypothèses dans lesquelles le juge constitutionnel peut ou non intervenir sans usurper les fonctions du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. Globalement, on peut retenir que plus les préoccupations liées à la légitimité démocratique ou à la capacité du juge sont importantes, plus ces derniers doivent se restreindre dans l'imposition de limites au pouvoir politique. En fonction du pôle de la démocratie qu'ils privilégient (souveraineté parlementaire ou droits individuels), les auteurs placent le curseur à un endroit différent et défendront une intervention plus ou moins importante du juge face à la souveraineté populaire (judicial restraint *versus* judicial activism).

---

<sup>69</sup> Voy. toutefois S. BESSON, « Legal Philosophical Issues of International Adjudication... », *op. cit.*, pp. 413-434.

<sup>70</sup> De manière générale, Samantha Besson relève une tendance, dans les développements récents consacrés à l'étude du contrôle juridictionnel au niveau international, à « réinventer la roue », en ignorant les enseignements de discussions balisées sur des questions classiques relatives à la fonction de juger au niveau national (S. BESSON, « Legal Philosophical Issues of International Adjudication... », *op. cit.*, pp. 416. Sur les similarités entre le systèmes de protection des droits humains en droit constitutionnel et en droit international des droits humains, voy. S. GARDBAUM, « Human Rights and International Constitutionalism », in J. Dunoff et J. Trachtman (dir.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 233-257.

<sup>71</sup> M. DORF, « Legal Indeterminacy and Institutional Design », *New York University Law Review*, Vol. 78, n°3, Juin 2003, p. 875.

<sup>72</sup> Sur les difficultés à résoudre le problème de l'indétermination légale dans les démocraties constitutionnelles, voy. M. C. DORF, « Legal Indeterminacy and Institutional Design », *op. cit.*, p. 889 et s. Frank Michelman parle quant à lui du paradoxe des démocraties constitutionnelles (F. I. MICHELMAN, *Brennan and Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 1999, pp. 48-51).

<sup>73</sup> Suivant l'expression de M. Dorf (« Legal Indeterminacy and Institutional Design », *op. cit.*, p. 878).

La difficulté réside dans le fait qu'en définitive, la décision d'intervenir ou non repose sur un juge qui ne répond pas de ses décisions devant le peuple<sup>74</sup>. Au nom des principes démocratiques, les démocrates radicaux plaident, en conséquence, pour l'abandon de la supervision juridictionnelle. Selon eux, lorsque le texte constitutionnel n'est pas clair et univoque, il est plus démocratique qu'il soit précisé par le vote des élus représentant le peuple que par des juges nommés à vie<sup>75</sup>.

**298.** *La justiciabilité des droits constitutionnels économiques, sociaux et culturels : aperçu de la littérature* – La discussion dont nous venons de synthétiser la substance porte sur les droits constitutionnels relevant de la conception libérale des droits humains. Elle concerne les droits qui visent à protéger l'autonomie des individus face aux intrusions du pouvoir politique. Un autre débat se noue autour des droits constitutionnels économiques, sociaux et culturels, en arrière-fond duquel on retrouve les préoccupations relatives à la légitimité démocratique et aux compétences techniques des juges. Il s'agit du débat relatif à la justiciabilité des droits constitutionnels économiques, sociaux et culturels, c'est-à-dire sur la possibilité pour le juge de contrôler l'application des droits économiques, sociaux et culturels, soit le respect et la réalisation progressive de ces droits par le pouvoir politique<sup>76</sup>.

Les détracteurs de la justiciabilité des DESC estiment que ces droits revêtent des propriétés particulières qui imposent que la définition de leur contenu n'échappe pas à la souveraineté populaire. Selon eux, ces droits sont vagues et susceptibles d'interprétations politiques divergentes ; il manque de consensus autour de leur signification. Ils sont complexes ; leur réalisation requiert des connaissances et des compétences techniques spécialisées et diversifiées. Enfin, ils contiennent des obligations positives à l'égard du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, aux conséquences financières importantes<sup>77</sup>.

Il a aujourd'hui été démontré que ces caractéristiques ne sont pas les propriétés exclusives des DESC. Certains droits civils et politiques sont également vagues et contiennent des obligations positives dont la réalisation a un coût élevé et nécessite une expertise spécifique<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> Sans ambages, Brian E. Butler résume ainsi le biais anti-démocratique des démocraties constitutionnelles : « The standard conception of law is that of a system that gives final decision making and antimajoritarian authority to an unaccountable and oligarchic judiciary, a judiciary following rules set down by the "dead hand" of the past in order to rule democratic governance. This seems to reinforce the idea that democracy ultimately necessarily rests upon the use of undemocratic means » (B. E. BUTLER, « Law as a Democratic Means: The Pragmatic Jurisprudence of Democratic Experimentalism », *Contemporary Pragmatism*, Décembre 2012, Vol. 9, n°1, p. 241).

<sup>75</sup> En ce sens, voy. M. TUSHNET, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999 ; J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999.

<sup>76</sup> Sur la notion de justiciabilité, voy. *supra*, dans l'introduction générale, n°20.

<sup>77</sup> S'opposent notamment à la justiciabilité des DESC parce qu'ils impliqueraient que les juges outrepassent leur mission dans une démocratie constitutionnelle : J. BAKAN, « What's Wrong with Social Rights ? », in J. Bakan et D. Schneiderman (dir.), *Social Justice and the Constitution : Perspectives on a Social Union for Canada*, Ottawa, Carleton University Press, 1992, pp. 85-99 ; D. BEATTY, « The Last Generation : When Rights Lose their Meaning », in *Human Rights and Judicial Review : a Comparative perspective*, Lahaye, Martinus Nijhoff Publishers, 1994 ; F. B. CROSS, « The Error of Positive Rights », *UCLA Law Review*, Vol. 48, n°857, 2001, pp. 880-893 ; cités dans A. KLEIN, « Judging as Nudging : New Governance Approaches for the Enforcement of Constitutional Social and Economic Rights », *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 39, n°353, 2007-2008, p. 358.

<sup>78</sup> C. SCOTT et P. MACKLEM, « Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees ? Social Rights in a New South African Constitution », *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 141, n°1, 1992, pp. 43-84 ; V.

Il est aujourd'hui généralement admis, à tout le moins de notre côté de l'Atlantique, qu'il n'existe pas de différence de nature entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels, qui justifierait que les premiers relèvent du droit et soient pleinement justiciables et que les seconds soient relégués au domaine de la politique et échappent à tout contrôle juridictionnel.

Si le contrôle de l'application des DESC ne génère pas des enjeux « d'une nature unique », il demeure toutefois que cette catégorie de droits soulève « avec une plus grande amplitude » les questions de légitimité démocratique et de compétence du juge<sup>79</sup>. Et, comme pour les autres droits constitutionnels, les juges ne pourront se prononcer sur les exigences concrètes qui découlent d'un DESC que si les préoccupations relatives à leur légitimité démocratique et à leur capacité sont suffisamment faibles.

**299.** Concrètement, en ce qui concerne les obligations positives qui découlent de ces droits, la doctrine considère que le fait que le pouvoir politique ait adopté des mesures en vue de réaliser le droit favorise la justiciabilité dudit droit<sup>80</sup>. Dans cette hypothèse, le juge pourra s'appuyer sur les mesures législatives ou réglementaires pour préciser le droit. Il sera légitime et « mise en capacité » de sanctionner l'absence de mise en œuvre desdites mesures ou un recul ultérieur manifeste de la législation. Il pourra encore imposer au pouvoir politique de « combler les trous »<sup>81</sup> identifiés dans les mesures déjà adoptées en vue de réaliser le droit, dans la mesure où les mesures complémentaires demandées auront peu de répercussions économiques. Alana Klein identifie dès lors deux écueils à l'approche au cas-par-cas de la justiciabilité des DESC. Premièrement, moins le pouvoir politique a accompli en vue de réaliser les droits, moins il s'expose à un contrôle juridictionnel<sup>82</sup>. Deuxièmement, cette approche encourage le *statu quo* législatif alors que la réalisation effective des droits dépend de l'adaptation des lois aux évolutions de l'environnement socio-économique.

**300.** *Les particularités du dilemme au niveau international* - Les organes chargés de contrôler l'application des textes internationaux relatifs aux droits humains sont confrontés à la question identique de la légitimité démocratique dans l'exercice de leur mission.

Cette question s'articule toutefois, sur le plan théorique, autour de principes distincts. Les juges nationaux doivent veiller à respecter le principe de séparation des pouvoirs ; les organes

---

ABRAMOVITCH, « Courses of Action in Economic, Social and Cultural Rights : Instruments and Allies », *International Journal on Human Rights*, Vol. 2, n°181, 2005, p. 186 ; G. J. H. VAN HOOF, « Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights : a Rebuttal of Some Traditional Views », in P. ALSTON, et K. TOMASEVSKI (dir.), *The Right to Food*, Utrecht, Martinus Nijhof Publishers, 1984, pp. 97-110 ; F. SUDRE, « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1995, pp. 363-384 ; F. TULKENS, « Les droits sociaux dans la jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », in *Les droits sociaux ou La démolition de quelques poncifs*, C. GREWE (dir.), Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2003, pp. 117-143.

<sup>79</sup> A. KLEIN, « Judging as Nudging... », *op. cit.*, p. 361.

<sup>80</sup> A. KLEIN, « Judging as Nudging... », *op. cit.*, p. 365.

<sup>81</sup> D'après l'expression anglaise du « gap filling » (à ce propos, voy. *ibid.*, pp. 369-372).

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 374, se référant à V. ABRAMOVITCH, « Courses of Action in Economic, Social and Cultural Rights ... », *op. cit.*, p. 193.

internationaux doivent quant à eux veiller à ne pas porter atteinte au principe de souveraineté nationale des Etats<sup>83</sup>.

La tension rencontrée par les organes internationaux entre la légitimité démocratique et l'exercice de leur mission est par ailleurs amplifiée au regard de deux spécificités du niveau international. Tout d'abord, la modification du texte des pactes internationaux des droits humains par les Etats est encore plus compliquée, sur le plan procédural, que les révisions constitutionnelles. Ensuite, le socle moral et politique partagé sur le plan international est plus restreint à défaut de communauté politique internationale reposant sur des valeurs communes<sup>84</sup>. Cela explique que le texte des instruments internationaux relatifs aux droits humains soit, plus largement encore, ouvert et indéterminé que bon nombre des parties des constitutions nationales dédiées à la consécration des droits humains. En outre, la faiblesse du consensus sur les valeurs politiques et morales rend la mission d'application, et donc de spécification, des droits d'autant plus délicate dans le chef des organes internationaux.

On rappellera enfin que les organes internationaux chargés du contrôle de l'application du droit au travail ne sont pas des organes juridictionnels. Leurs décisions ne sont pas obligatoires (cf. *supra*, n°14). Les préoccupations liées à la légitimité démocratique et à la capacité sont dès lors allégées et on pourrait s'attendre à ce qu'ils effectuent un contrôle plus décomplexé du respect et de la réalisation progressive des droits. Toutefois, vu que leurs décisions ne sont pas revêtues de l'autorité juridique, ils doivent particulièrement veiller à ce qu'elles apparaissent légitimes sur le plan démocratique, et ce afin qu'elles soient prises en considération par les Etats et contribuent effectivement à la réalisation des droits. Il n'est cependant pas certain qu'il faille distinguer cette situation de celle des organes juridictionnels internationaux. En effet, si les décisions de ces derniers sont obligatoires, elles sont toutefois dépourvues de force exécutoire. Dans ces conditions, la mise en conformité des situations nationales au regard des décisions internationales dépend en pratique, comme c'est le cas pour les décisions des organes quasi-juridictionnels, du respect qu'ont les Etats à leur égard et à l'égard de leurs décisions<sup>85</sup>.

**301.** Le dilemme posé par le séquençage des phases d'élaboration et d'application du droit prend les organes internationaux en tenaille entre deux attitudes qui sont insatisfaisantes au regard de la conception démocratique des droits.

Face à un droit général et abstrait figurant dans un texte adopté il y a plusieurs décennies, soit la jurisprudence internationale détermine, sur base d'interprétations téléologiques, les exigences qui en découlent dans la situation concrète qui leur est soumise et concluent, en cas de non-respect de celle-ci, à la violation du droit international des droits humains. Dans cette hypothèse, le contenu des droits humains échappe au politique. On se rapproche d'une conception absolutiste ou d'une vision dépolitisée des droits.

---

<sup>83</sup> C. Nivard ne fait pas référence au principe de souveraineté nationale mais au « principe d'autonomie constitutionnelle des Etats protégé en droit international public » (C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux. Etudes de droit conventionnel européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 142).

<sup>84</sup> S. BESSON, « Legal Philosophical Issues of International Adjudication... », *op. cit.*, pp. 426-427.

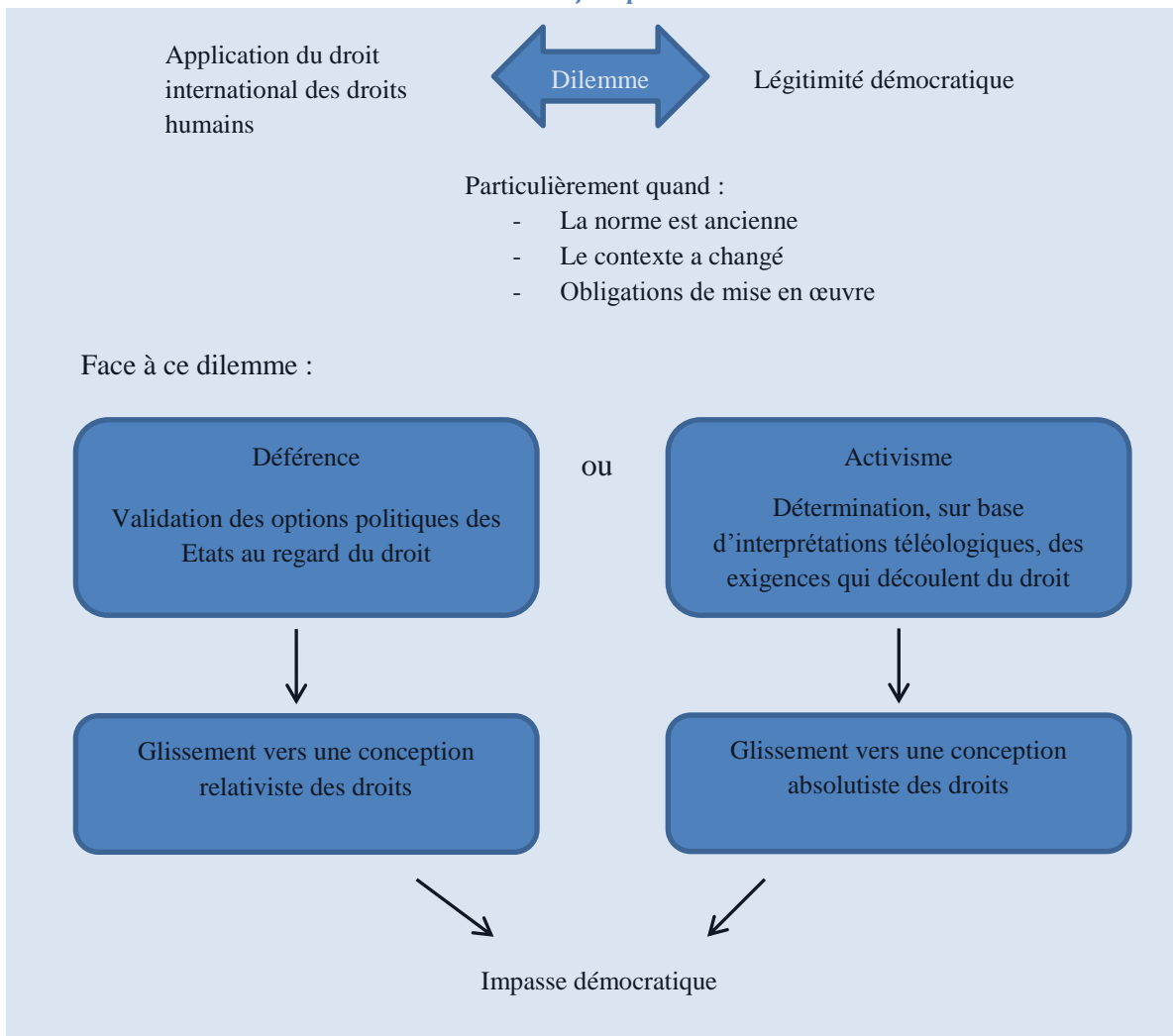
<sup>85</sup> S. T. EBOBRAH, « International Human Rights Courts », in C. Romano, K. J. Alter et Y. Shany, *The Oxford Handbook of International Adjudication*, *op. cit.*, pp. 236-237.

Soit les organes internationaux adoptent une attitude déférente à l'égard des Etats. Par crainte d'usurper leur souveraineté nationale, ils valident les choix politiques opérés par les Etats et concluent à la conformité de leur pratique au droit international des droits humains. Dans cette hypothèse, les droits humains sont assimilés au politique. On glisse vers une conception relativiste des droits humains.

Aucune des deux postures n'assure la relance du débat démocratique sur le contenu des droits, condition essentielle de l'approche démocratique des droits humains. Par la séparation qu'elle effectue entre les phases d'élaboration et d'application du droit, la conception libérale du droit empêche les organes internationaux de développer une pratique démocratique des droits humains.



### Encadré 25 – L'impasse démocratique des approches traditionnelles de l'action de la jurisprudence internationale



## Section 2. L'expérimentalisme démocratique

**302.** Plutôt que de chercher à réduire l'arbitraire dans la phase d'application du droit en classifiant les hypothèses dans lesquelles les organes internationaux peuvent contrôler l'application du droit sans usurper la souveraineté nationale, l'expérimentalisme démocratique propose de mettre en place des institutions qui permettent de réduire l'indétermination légale et de préciser progressivement le contenu des droits abstraits et généraux<sup>86</sup>. La proposition implique de dépasser la séquence temporelle propre à la conception libérale du droit entre l'élaboration et l'application du droit. Elle doit ainsi permettre aux organes internationaux de s'extirper du dilemme entre légitimité démocratique et application des droits humains. Dans le

<sup>86</sup> Il s'agit de la proposition centrale développée par M. Dorf au niveau national dans son article intitulé « Legal Indeterminacy and Institutional Design » (*New York University Law Review*, Vol. 78, n°3, Juin 2003, pp. 875-981).

modèle suggéré, l'indétermination des droits est considérée par les organes internationaux comme une opportunité pour ouvrir un débat démocratique sur le contenu des droits.

**303.** Après avoir brièvement présenté la théorie de l'expérimentalisme démocratique dans son ensemble, nous démontrons qu'elle repose sur une conception des droits conforme à l'approche démocratique développée dans la première partie (§1). Nous exposons ensuite sa force : une procédure qui donne aux organes internationaux la légitimité d'actualiser progressivement les exigences qui découlent des droits humains (§2). Enfin, nous mettons à jour une faiblesse de l'expérimentalisme démocratique : il ne développe pas suffisamment d'outils pour guider les organes internationaux dans l'évaluation des expérimentations menées par les Etats et risque, pour ce motif, de s'éloigner de la conception démocratique des droits qu'il tend pourtant à opérationnaliser (§3).

### **Présentation générale de l'expérimentalisme démocratique**

**304.** L'expérimentalisme démocratique est un nouveau modèle de délibération démocratique institutionnalisé proposé par Michaël Dorf et Charles Sabel<sup>87</sup>. Ledit modèle se caractérise par une 'décentralisation encadrée' du pouvoir normatif. 'Décentralisation' car le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire effectuent des proclamations générales laissant de l'espace à l'élaboration expérimentale par les entités décentralisées et à la révision des proclamations, afin de s'adapter à des circonstances variées et changeantes. 'Encadrée' parce que les expériences menées au niveau local doivent respecter les droits humains et font l'objet d'une comparaison du niveau des performances au niveau central qui doit permettre un apprentissage social et une adaptation des normes.

**305.** L'expérimentalisme démocratique a été théorisé, dans un premier temps, au niveau des Etats, en réponse à la menace d'oligarchie qui pèse sur les démocraties constitutionnelles représentatives classiques<sup>88</sup> et au départ de l'observation empirique de l'émergence aux Etats-Unis de pratiques convergentes s'écartant du modèle régulateur traditionnel « command and control »<sup>89</sup>. Le modèle expérimentaliste n'a toutefois pas vocation à être enchaîné au niveau national ; il ne confine pas la démocratie au cadre étatique. Sabel et Dorf qualifient l'expérimentalisme démocratique de « polyarchie délibérative ». La démocratie y est 'délibérative' car l'autonomie collective est soumise aux exigences d'une discussion rationnelle. Elle est 'polyarchique' parce que les délibérations et les résultats de chaque entité sont pris en considération dans les délibérations des autres entités<sup>90</sup>. C'est ainsi que ces auteurs, rejoints par d'autres, ont observé, dans un second temps, le développement de

<sup>87</sup> M. DORF et C. SABEL, « A Constitution of Democratic Experimentalism », *Columbia Law Review*, Vol. 98, n°2, 1998, pp. 267-473.

<sup>88</sup> M. DORF et C. SABEL, « A Constitution of Democratic Experimentalism », *op. cit.*, p. 284.

<sup>89</sup> *Ibid.*, pp. 323-338.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 316 et s ; voy. également : J. COHEN et C. SABEL, « Directly-Deliberative Polyarchy », *European Law Journal*, Vol. 313, 1997, pp. 313-342.

pratiques expérimentalistes transnationales ou encore au niveau de la gouvernance européenne<sup>91</sup>.

**306.** L'expérimentalisme démocratique est une théorie générale de la gouvernance. S'il nous intéresse dans le cadre de cette recherche, c'est plus particulièrement parce qu'il développe une vision particulière du rôle de la jurisprudence dans l'application des droits humains (et la spécification du droit qu'elle emporte). L'expérimentalisme démocratique engage les organes chargés de contrôler l'application des droits humains à s'appuyer sur l'expérience concrète des parties afin d'interpréter et de ré-interpréter les droits humains dans un mouvement continu. L'adoption d'une démarche expérimentaliste doit leur permettre de jouir d'une plus grande légitimité démocratique et conduire à une meilleure réalisation et à une plus grande effectivité des droits humains<sup>92</sup>. Cette approche procédurale de la détermination des droits a été développée au niveau constitutionnel mais peut être transposée à la pratique du droit international des droits humains<sup>93</sup>.

**307.** Le projet de l'expérimentalisme démocratique s'appuie sur une conviction centrale du courant pragmatiste : la détermination réciproque des moyens et des fins. Les pragmatistes considèrent que, dans un flux continu, les objectifs sont transformés à la lumière de l'expérience de leur poursuite, pour permettre en retour une redéfinition des moyens<sup>94</sup>. Le doute est central dans le pragmatisme puisqu'il incite à l'adaptation de nos conceptions et à la recherche d'actions correctives<sup>95</sup>. La place du doute rappelle l'importance de l'interrogation chez les théoriciens de la démocratie centrée sur le conflit (cf. *supra*, n°292-295).

<sup>91</sup> Voy. not. : J. ZEITLIN et D. TRUBEK (dir.), *Governing Work and Welfare in a New Economy : European and American Experiments*, Oxford, Oxford University Press, 2003 ; J. COHEN and C. SABEL, « Global Democracy ? », *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 37, n°4, 2005, pp. 784-794 ; G. DE BÚRCA et J. SCOTT (dir.), *Law and New Governance in the EU and the US*, Oxford, Hart Publishing, 2006 ; C. SABEL et J. ZEITLIN, « Learning from Difference : the Experimentalist Architecture of European Governance », *European Law Journal*, Vol. 14, n°3, 2008, pp. 271-327 ; J. ZEITLIN et C. SABEL (dir.), *Experimentalist Governance in the European Union. Towards a New Architecture*, Oxford, Oxford University Press, 2010 ; O. DE SCHUTTER, « The Role of Evaluation in Experimentalist Governance : Learning by Monitoring in the Establishment of the Area of Freedom, Security and Justice », in C. Sabel and J. Zeitlin (dir.), *Experimentalist Governance in the European Union: Towards a New Architecture*, op. cit., pp. 261-296 ; G. DE BÚRCA, R. O. KEOHANE and C. F. SABEL, « Global Experimentalist Governance », *British Journal of Political Science*, Vol. 44, n°3, 2014.

<sup>92</sup> C. SABEL et M. DORF, « A Constitution of Democratic Experimentalism », op. cit., pp. 388-419 ; M. DORF, « Legal Indeterminacy and Institutional Design », op. cit., pp. 954-968 ; A. KLEIN, « Judging as Nudging », op. cit., pp. 395-397.

<sup>93</sup> O. DE SCHUTTER et V. MORENO LAX, *Human Rights in the Web of Governance : Towards a Learning-based Fundamental Rights Policy for the European Union*, Bruxelles, Bruylant, 2010 ; O. DE SCHUTTER, « The Democratic Experimentalist Approach to Governance : Protecting Social Rights in the European Union », in O. De Schutter et J. Lenoble (dir.), *Reflexive Governance. Redefining the Public Interest in a Pluralistic World*, Oxford, Hart Publishing, 2010, pp. 115-143 ; O. GERSTENBERG, « The Justiciability of Socio-economic Rights, European Solidarity, and the Role of the Court of Justice of the EU », *Yearbook of European Law*, 2014, pp. 245-276.

<sup>94</sup> C. SABEL et M. DORF, « A Constitution of Democratic Experimentalism », op. cit., p. 284. A cette approche, Sabel et Dorf opposent la plupart des formes de libéralisme dans lesquelles les fins seraient fixées une fois pour toutes par les besoins de l'individu et où le raisonnement chercherait simplement à satisfaire ces besoins autant que les moyens disponibles le permettent (*Ibid.*, p. 285, note de bas de page 57). Nous défendons ci-dessous que l'approche par les capacités est une théorie à la fois libérale et pragmatiste (Section 3).

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 111.

## *§1. Une conception des droits humains étroitement liée à l'approche démocratique*

**308.** Selon John Dewey, célèbre philosophe pragmatiste, sur la pensée duquel prend pied la théorie de l'expérimentalisme démocratique de Dorf et Sabel, « on peut concevoir la dominante de la démocratie, comme mode de vie, comme la nécessaire participation de tout être humain adulte à la formation des valeurs qui règlent la vie des hommes en commun »<sup>96</sup>.

L'expérimentalisme démocratique propose un modèle institutionnel de délibération démocratique dont l'originalité réside dans l'affirmation de l'expérience concrète comme support d'approfondissement des principes normatifs de la démocratie et comme vecteur procédural de dynamisation du débat public :

« Democratic experimentalism does not pursue the chimera of replacing conflict with consensus. Its aim, rather, is to change the reasons and evidence produced in public debate, and with them the conditions for participation in civic life, so that our disputations democracy is made both more effective as an instrument of public problem solving and more faithful to its purpose of assuring the self-determination of free and equal citizens »<sup>97</sup>.

Ce modèle institutionnel est tout à fait compatible avec la conception de la démocratie développée par Lefort. En effet, ce dernier n'assimile pas la démocratie à la démocratie représentative classique ou à une forme particulière de gouvernement. La démocratie se caractérise par le maintien d'un espace public de débat à l'abri du pouvoir dans lequel se propage le questionnement du droit. Il n'y a pas d'institution qui, par nature, suffise à en garantir définitivement l'existence<sup>98</sup>. Les démocraties représentatives modernes doivent pouvoir être interrogées au regard de l'objectif démocratique d'autonomie collective<sup>99</sup>. De plus, contrairement à d'autres théories délibératives de la démocratie, l'expérimentalisme démocratique n'a pas l'ambition d'aboutir à un consensus rationnel définitif sur la société idéale, qui éteindrait le conflit.<sup>100</sup>

**309.** En ce qui concerne la conception des droits humains promue par l'expérimentalisme démocratique, on relèvera tout d'abord que Dorf et Sabel excluent toute démarche qui viserait à rechercher un fondement transcendantal valide aux droits humains. Ils considèrent les droits humains comme historiquement situés : ils sont liés à la démocratie. Selon eux, « commitments to rights to freedom and equality are part of our identity as members of democratic societies »<sup>101</sup>. Sabel et Dorf s'opposent par ailleurs à la vision atomisante des

<sup>96</sup> J. DEWEY, *The Ethics of Democracy*, 1888, pp. 248-249.

<sup>97</sup> M. DORF et C. SABEL, « A Constitution of Democratic Experimentalism », *op. cit.*, pp. 288-289.

<sup>98</sup> C. LEFORT, « Droits de l'homme et Etat-providence », *op. cit.*, p. 57.

<sup>99</sup> C. LEFORT, « Droits de l'homme et Etat-providence », *op. cit.*, p. 41 : « (...) Nous pouvons (...) nous interroger sur la capacité qu'ont à présent les partis politiques d'assurer le juste exercice de la représentation. Nous pouvons même chercher les signes de nouveaux dispositifs susceptibles de régénérer celle-ci (la démocratie) ».

<sup>100</sup> M. DORF et C. SABEL, « A Constitution of Democratic Experimentalism », *op. cit.*, p. 288. Sur la place du conflit dans les théories délibératives et agonistiques de la démocratie, voy. L. BLONDIAUX, « Démocratie délibérative vs. Démocratie agonistique... », *op. cit.*

<sup>101</sup> M. DORF et C. SABEL, « A Constitution of Democratic Experimentalism », *op. cit.*, p. 448.

droits développée par Marx. Selon eux, « rights, far from estranging us from one another, are a crucial part of the common ground of mutual recognition upon which we raise our individuality »<sup>102</sup>. L'approche pragmatiste des droits humains présente ainsi des points communs importants avec la vision démocratique des droits humains. L'institution des droits humains est liée à l'avènement de la démocratie. Et nous avons vu que la démocratie est vue comme le lieu institué de conflit entre les valeurs et intérêts individuels permettant de construire en commun le social. En outre, les droits humains n'opèrent pas un repli des hommes sur leur individualité mais constituent un lieu d'institution du lien social.

**310.** Dans l'experimentalisme démocratique, les droits humains empruntent d'ailleurs des traits similaires aux droits dans leur conception démocratique. Tout d'abord, chez Dorf et Sabel, les droits ne sont pas considérés comme un ensemble défini *a priori* et immuable, ils sont caractérisés comme incomplets et évolutifs : « new rights arise amidst the contentious exploration of the ambiguities of existing ones »<sup>103</sup>. Grâce aux nouveaux droits, de nouveaux individus peuvent participer à la formation de la volonté collective. Il en résulte un plus large spectre de connaissances et d'expériences qui permet de réexaminer la compréhension des droits et de faire émerger de nouveaux droits, et ainsi de suite. L'histoire de l'expansion des droits à la participation politique de l'homme propriétaire blanc, aux hommes blancs, à tous les hommes et enfin aux femmes résulte de processus expérimentaux<sup>104</sup>. Sabel et Dorf font eux-mêmes le lien entre les deux approches en concluant que la démarche expérimentale permet de répondre aux objectifs de l'idéologie démocratique<sup>105</sup>. Et de conclure :

« (...) abolitionists who invoked the Declaration of Independence in support of the proposition that « all men are created equal » were invoking democracy's capacity to democratize itself, and so the canonical experimentalist capacity of revising a deep assumption in light of the experience it enables »<sup>106</sup>.

**311.** Par ailleurs, l'approche pragmatiste des droits prônée par l'experimentalisme démocratique ne peut, à notre sens, pas être assimilée aux conceptions relativistes des droits. L'experimentalisme implique certes que les droits et leur contenu puissent évoluer au gré des débats démocratiques mais l'évolution des droits est balisée: elle doit respecter et approfondir les valeurs démocratiques.

Nous avons en effet vu que l'experimentalisme démocratique poursuit l'objectif d'approfondir la démocratie par une théorie procédurale de l'action qui permet d'augmenter la participation des citoyens dans la formation de la volonté collective<sup>107</sup>. La proposition expérimentaliste repose donc sur la conviction morale que la démocratie est souhaitable. Les principes générateurs de la démocratie – soit l'autonomie et l'égalité – jouissent dès lors nécessairement d'un statut de norme supérieure dans l'experimentalisme démocratique.

---

<sup>102</sup> M. DORF et C. SABEL, « A Constitution of Democratic Experimentalism », *op. cit.*, p. 449.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 449.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 452.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 452.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 452.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 340.

Dans ces conditions, les expérimentations démocratiques relatives au contenu des droits ne peuvent s'écarter de ces principes supérieurs. Seule la concrétisation politique de ces principes sous la forme de droits pourra être adaptée en fonction des résultats des expérimentations. Sabel et Dorf font d'ailleurs expressément cette distinction au niveau national puisqu'ils distinguent les 'constitutional values' ou 'core values' dont la liberté et l'égalité (normes supérieures) des droits constitutionnels (concrétisation politique de ces valeurs), seuls ces derniers étant soumis à l'expérimentalisme démocratique<sup>108</sup>.

**312.** Enfin, l'expérimentalisme ne conçoit pas uniquement les droits humains comme des limites à l'action politique (logique déontologiste). Il les conçoit plus fondamentalement comme des enjeux de la volonté collective. Les droits sont tout d'abord l'aboutissement de revendications politiques et sociales de la société politique. L'expérimentation doit par ailleurs servir l'objectif de la réalisation concrète des droits (logique conséquentialiste). Nous verrons que l'expérimentalisme s'emploie à réduire l'écart entre la *law in the books* et la *law in action*<sup>109</sup> et qu'il est particulièrement attentif à l'effectivité des droits.

## **§2. Une théorie procédurale de l'action qui approfondit et revitalise la démocratie**

**313.** Sabel et Dorf partent du constat que la conception libérale des droits et de l'action du juge dans la détermination des droits placent ce dernier face à un « dilemme fondamental » :

« (...) if the Court abandons deference too often for the alternatives of heightened scrutiny or hard look review (...), it interferes with the political process and risks its own legitimacy. But if the Court chooses deference instead, it risks protecting itself at the cost of the fundamental values it is meant to safeguard »<sup>110</sup>.

Suivant la distinction artificielle opérée par la conception libérale du droit entre l'élaboration et l'application de la norme, le juge est supposé appliquer des droits absolus et abstraits à des cas concrets par le biais d'interprétations téléologiques de la norme adoptée par le pouvoir législatif. Sabel et Dorf mettent en exergue les lacunes démocratiques et l'inefficacité de la conception libérale des droits humains et de l'action du juge dans la détermination du contenu des droits. La spécification du droit occasionnée par l'application du droit à un cas concret implique pratiquement de participer à l'œuvre normative et soulève d'importants problèmes de légitimité démocratique<sup>111</sup>. On peut aussi s'interroger sur la capacité du juge à connaître la société sans cesse changeante, capacité pourtant nécessaire pour adopter une solution légitime et efficace. Conscients du risque d'usurper la souveraineté du peuple démocratique, les juges réduisent souvent leur action à un contrôle strictement marginal du respect des droits

---

<sup>108</sup> C. SABEL et M. DORF, *op. cit.*, pp. 389-390 et p. 398 (3. A Partial Reconceptualization of Judicial Review and Rights).

<sup>109</sup> M. WILKINSON, « The Three Conceptions of Law : Towards a Jurisprudence of Democratic Experimentalism », *Wisconsin Law Review*, Vol. 673, 2010, p. 679.

<sup>110</sup> M. DORF et C. SABEL, « A Constitution of Democratic Experimentalism », *op. cit.*, pp. 395.

<sup>111</sup> M. DORF et C. SABEL, « A Constitution of Democratic Experimentalism », *op. cit.*, pp. 390-395. Voy. également : M. DORF, « Legal Indetermination and Institutional Design », *op. cit.*, pp. 954-968.

humains, spécialement lorsqu'il porte sur une obligation positive du pouvoir politique (cf, section précédente).

**314.** L'expérimentalisme démocratique doit permettre au juge de s'extirper de ce dilemme entre légitimité démocratique et spécification des droits. Dans la conception expérimentaliste des droits, le juge est appelé à s'appuyer sur l'expérience des parties pour déterminer le contenu des droits. Suivant cette conception, la légitimité démocratique ne provient pas du fait que l'« application » du droit faite par le juge serait conforme à l'esprit de la loi « élaborée » par le législateur. L'expérimentalisme démocratique abandonne en effet cette distinction et le séquençement qu'elle impose entre un droit qui serait posé une fois pour toutes au moment de son adoption et son application par le juge qui relèverait ensuite de la pure technique juridique<sup>112</sup>. La légitimité démocratique provient plutôt de la procédure qui a permis de déterminer le contenu du droit<sup>113</sup>. L'expérimentalisme démocratique offre ainsi la possibilité de déterminer progressivement un droit sans porter atteinte aux valeurs démocratiques et ce, peu importe le degré d'indétermination de sa formulation initiale ou les conséquences financières des obligations positives qu'il contient. L'apport de l'expertise des parties dans la détermination du contenu du droit permet par ailleurs de répondre à l'écueil du manque de compétences et de connaissance du juge.

**315.** Sabel et Dorf proposent une procédure et des mécanismes de contrôle de l'application du droit qui permettent de donner un effet pratique à leur théorie<sup>114</sup>. Ils développent ce modèle procédural à l'attention des cours et tribunaux nationaux chargés de se prononcer sur une question de droit et non sur une question de fait. Dorf qualifie ces juridictions d'« appellate courts ». Ce modèle vise fondamentalement à répondre aux préoccupations démocratiques suscitées par l'application du droit (et la spécification du droit qu'elle implique) par des organes élitistes de spécialistes en droit qui n'ont pas été élus démocratiquement. Il peut donc être transposé au niveau international au contrôle de l'application du droit international des droits humains par des organes internationaux, peu importe qu'il soit juridictionnels ou quasi-juridictionnels, à partir du moment où ils sont composés d'experts en droit qui n'ont pas été élus et qu'ils sont appelés à spécifier le droit. Le modèle repose sur une procédure dont nous identifions quatre étapes. (1) Face à un droit humain ambigu, l'organe chargé du contrôle de l'application du droit est tout d'abord invité à déterminer une règle minimale, dont le respect garantit une conclusion de conformité au droit. Dorf parle de la « spécification d'un 'safe harbor' ». (2) Parallèlement, l'organe doit reconnaître aux parties la possibilité de s'éloigner de cette balise si elles justifient que leur approche alternative est au moins aussi efficace que la règle minimale dans la protection du droit. Les organes ne donnent ainsi pas de signification définitive à un droit ; ils sont appelés à articuler des « prophylactic rules », que Dorf et Sabel définissent comme des « prescribing presumptive rules to be applied until experience provides a better alternative »<sup>115</sup>. Ces derniers ont observé l'adoption d'une telle démarche par la Cour suprême des Etats-Unis à plusieurs reprises (*Mapp v. Ohio* et *Miranda v. Arizona*). Ils proposent la généralisation de l'adoption de « prophylactic rules » par les

<sup>112</sup> M. WILKINSON, « The Three Conceptions of Law... », *op. cit.*, p. 682.

<sup>113</sup> M. WILKINSON, « The Three Conceptions of Law... », *op. cit.*, p. 683.

<sup>114</sup> M. DORF et C. SABEL, « A Constitution of Democratic Experimentalism », *op. cit.*, pp. 452-465.

<sup>115</sup> *Ibid.*, p. 457.

juridictions qui contrôlent le respect des droits humains. Selon eux, « the Court adopts a prophylactic rule when it identifies circumstances that threaten constitutional values, without necessarily being able to specify the causal chain by which the threat will eventuate, and where, accordingly, it may both fix general preventive measures and invite other actors, with better knowledge of the specifics to improve on them »<sup>116</sup>. (3) Il est ensuite procédé à une évaluation de l'efficacité de l'expérimentation au regard de la norme minimale et des autres expérimentations menées par les autres entités. (4) Sur base des évaluations des résultats des expérimentations menées par les parties, le juge pourra adapter la norme minimale. (5) La nouvelle norme minimale est à son tour prophylactique, c'est-à-dire que les parties peuvent continuer à expérimenter en vue de chercher à mieux réaliser le droit.

Dorf et Sabel identifient quelques « prophylactic rules » dans la jurisprudence de la Cour suprême américaine ; celles-ci n'ont toutefois à ce jour pas fait l'objet d'expérimentations au sein des Etats. A titre exemplatif, en vue de lutter contre les pratiques policières illégales et de veiller à l'effectivité du quatrième amendement qui protège les citoyens contre les perquisitions et les saisies illégales, la Cour suprême a estimé que les preuves collectées en violation du quatrième amendement devaient être écartées en justice. Il s'agit d'une *prophylactic rule*, c'est-à-dire d'une norme minimale qui vise à réaliser le quatrième amendement et dont les Etats peuvent s'écarter s'ils démontrent qu'ils ont mis en place un autre système qui permet de mieux protéger les individus contre les perquisitions et les saisies illégales<sup>117</sup>. A ce jour, aucun Etat ne s'est lancé dans un processus d'expérimentation. Pourtant, certains auteurs ont formulé des propositions qui permettraient d'améliorer la réalisation du droit. Ils ont par exemple proposé de remplacer la sanction de l'écartement en justice par l'octroi de dommages civils ainsi que par l'organisation de formations à destination des policiers. Si cette pratique était expérimentée et se révélait fructueuse, la Cour suprême pourrait l'instituer en nouvelle norme minimale.

Si les Etats n'ont pas embrayé à l'appel d'expérimentations, c'est probablement lié à un sentiment d'insécurité. Les promoteurs de l'expérimentalisme démocratique insistent dès lors sur l'importance de prévoir des mécanismes institutionnels qui offrent aux parties un cadre encourageant et sécurisant pour expérimenter<sup>118</sup>. Dans ce cadre, la norme minimale joue le rôle de « penalty default »<sup>119</sup>. Elle impose une contrainte aux parties tant qu'elles ne s'associent pas à la recherche expérimentale de solutions qui permettront de mieux protéger et réaliser les droits humains. Mais, comme l'indique Dorf, « yet without some assurance ex ante that a good faith but ultimately unsuccessful experiment will not result in an ex post sanction, no jurisdiction will take the risk of deviating from the safe harbor »<sup>120</sup>. Par définition, on ne peut anticiper avec certitude les résultats d'une expérimentation. Dorf et Sabel préconisent dès lors d'octroyer une immunité temporaire de responsabilité aux parties

<sup>116</sup> M. DORF et C. SABEL, « A Constitution of Democratic Experimentalism », *op. cit.*, p. 453.

<sup>117</sup> *Mapp. v. Ohio*. Sur cet arrêt, voy. : M. DORF et C. SABEL, « A Constitution of Democratic Experimentalism », *op. cit.*, pp. 452-459.

<sup>118</sup> *Ibid.*, p. 462 et s.

<sup>119</sup> M. DORF, « Legal Indeterminacy and Institutional Design », *op. cit.*, p. 946, A. KLEIN, « Judging as Nudging... », *op. cit.*, p. 396.

<sup>120</sup> M. DORF et C. SABEL, « A Constitution of Democratic Experimentalism », *op. cit.*, p. 463. Voy. également : M. DORF, « Legal Indeterminacy and Institutional Design », *op. cit.*, pp. 968-969.



qui, de bonne foi, se sont lancées dans une expérimentation. Pour ce faire, les juges doivent se replacer au moment où l'expérience a été lancée et évaluer si, à l'époque, cette solution apparaissait susceptible de mieux sécuriser le droit que la règle minimale. Cette attitude implique, idéalement, que les organes puissent prendre des décisions provisionnelles et être amenés à ré-évaluer l'application du droit ultérieurement<sup>121</sup>.

**316.** Alana Klein s'est intéressée à l'émergence de pratiques judiciaires expérimentalistes visant à la réalisation des droits constitutionnels économiques, sociaux et culturels<sup>122</sup>. Elle soutient que l'approche expérimentaliste est particulièrement prometteuse pour assurer une réalisation progressive de cette catégorie de droits et faire face à l'attitude immobiliste de certains gouvernements<sup>123</sup>. L'argument suivant lequel les droits dits de seconde génération seraient moins précis que les droits de première génération et seraient dès lors moins susceptibles d'être objectivement déterminés perd de sa pertinence dans la conception expérimentaliste où les droits constitutionnels, dans leur ensemble, sont considérés comme ouverts et amenés à être constamment re-déterminés dans un monde en mouvement, et ce à travers la participation des acteurs concernés<sup>124</sup>.

A partir de l'observation de la jurisprudence canadienne et sud-africaine relative aux DESC, elle identifie différents traits caractéristiques du modèle expérimentaliste. Parmi ces traits, nous relevons deux éléments. Les cours encouragent une participation large à la définition et à la réalisation des DESC. Par ailleurs, elles incitent les gouvernements à mettre en place des procédures d'évaluation de la solution adoptée (monitoring)<sup>125</sup>. Suivant la formule de Jean De Munck, les cours encouragent « la structuration externe d'un processus d'autorégulation interne »<sup>126</sup>. Ces éléments sont ensuite pris en considération lors de l'évaluation de l'expérimentation. Ils permettent d'informer le standard de raisonnabilité, c'est-à-dire d'évaluer si la solution choisie était raisonnable<sup>127</sup>.

**317.** Ces mécanismes permettent de démocratiser la détermination judiciaire des droits<sup>128</sup>. En s'appuyant sur la connaissance et l'expérience des parties, le juge pourra, en toute légitimité et en pleine capacité, progressivement augmenter le standard des normes qui découlent des droits humains. L'approche expérimentale, qui fait une large place à la contextualisation,

---

<sup>121</sup> M. DORF et C. SABEL, « A Constitution of Democratic Experimentalism », *op. cit.*, pp. 463-464. Voy. également : M. DORF, « Legal Indeterminacy and Institutional Design », *op. cit.*, p. 969.

<sup>122</sup> Pour une autre étude de cas concernant un droit social – le droit à l'éducation, voy. J. S. LIEBMAN et C. F. SABEL, « A Public Laboratory Dewey Barely Imagined : the Emerging Model of School Governance and Legal Reform », *New York University Review Law and Social Change*, Vol. 28, n°183, 2003, pp. 183-304.

<sup>123</sup> A. KLEIN, « Judging as Nudging... », *op. cit.*, pp. 351-422. A l'occasion d'une étude des différentes approches du contrôle juridictionnel des droits sociaux constitutionnels, d'autres auteurs ont examiné l'approche expérimentaliste : K. YOUNG, *Constituting Economic and Social Rights*, *op. cit.*, pp. 150-155 ; J. KING, *Judging Social Rights*, *op. cit.*, pp. 306-311.

<sup>124</sup> A. KLEIN, « Judging as Nudging... », *op. cit.*, p. 397.

<sup>125</sup> A. KLEIN, « Judging as Nudging... », *op. cit.*, p. 404.

<sup>126</sup> J. DE MUNCK, « Vers un nouveau paradigme du droit, in F. Eymard-Duvernay (dir.), *L'économie des conventions, méthodes et résultats*, Tome 1, La Découverte, 2006, p. 253.

<sup>127</sup> Le standard de raisonnabilité est adopté par la Cour constitutionnelle sud-africaine en vue d'évaluer l'application des obligations positives qui découlent d'un droit. Voy. notamment la décision de principe : *Grootboom* et autres c. le Gouvernement de la République sud-africaine, 4 octobre 2000, <http://www.saflii.org/> (site du Southern African Legal Information Institute)).

<sup>128</sup> M. DORF et C. SABEL, « A Constitution of Democratic Experimentalism », *op. cit.*, p. 446.

permet en outre une certaine flexibilité des solutions en fonction des circonstances locales, de manière à assurer une plus grande effectivité du droit et à résorber progressivement l'écart entre la *law in the books* et la *law in action*. Le dilemme entre légitimité démocratique et application du droit s'évanouit. Une spirale positive entre légitimité et efficacité des droits humains créée.

**318.** Les mécanismes concrets d'application du droit de la conception expérimentaliste revitalisent la démocratie en mettant en place une dynamique de débat public. Ils complètent la vision démocratique des droits fondamentaux de Lefort, en l'assortissant d'une théorie procédurale de l'action qui passe par l'institutionnalisation de l'expérience. L'approche expérimentale est particulièrement pertinente face à l'apparition d'un problème ou d'un risque nouveau qui n'est lui-même pas encore bien défini et dont les solutions ne sont pas encore identifiées<sup>129</sup>. Elle permet aux acteurs concernés de se dégager des catégories classiques et familières pour expérimenter ; les expériences fructueuses sont appelées à se généraliser sur base d'un apprentissage social. L'expérimentalisme démocratique ouvre ainsi la voie à la réinvention du social<sup>130</sup>.

**Encadré 26 - Balises procédurales pour une approche expérimentaliste de l'application du droit par les organes internationaux**

- 1) Edicter une norme minimale
- 2) Encourager les Etats à s'en écarter et à expérimenter.
- 3) Encourager la structuration externe d'un processus d'autorégulation interne (procédures d'évaluation et participation des acteurs concernés).
- 4) Comparer les résultats des Etats pour juger du caractère raisonnable du choix posé par un Etat afin de détecter une éventuelle violation et d'adapter la norme minimale.
- 5) Les normes minimales sont toujours prophylactiques.

### **§3. Un cadre normatif minimal latent**

**319.** L'expérimentalisme démocratique, qui propose des procédures visant à la redéfinition constante des valeurs et des moyens, exclut a priori la reconnaissance de valeurs morales ou politiques supérieures. Comme l'écrit Wilkinson, « Any attempt to define the basic message or core idea of experimentalism is fraught with difficulty – one of its motifs, in keeping with

<sup>129</sup> M. DORF et C. SABEL, « A Constitution of Democratic Experimentalism », *op. cit.*, p. 314 et s.

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 283 et s. Voy. également : O. DE SCHUTTER, « The Democratic Experimentalist Approach to Governance : Protecting Social Rights in the European Union », *op. cit.*, p. 138.

its pragmatist credentials, is rejection of an all-encompassing political ideology or historical meta-narrative »<sup>131</sup>.

Nous pensons toutefois que l'expérimentalisme démocratique est sous-tendu par un cadre normatif, qui est, il est vrai, peu explicité par Sabel et Dorf. La théorie procédurale de l'expérimentalisme démocratique est fondée sur une théorie de la pensée qui repose sur les valeurs fondamentales de la démocratie. Les procédures préconisées visent à mieux réaliser les principes démocratiques de l'autonomie collective et de l'égalité. Les valeurs démocratiques sont donc inhérentes à l'expérimentalisme démocratique et en délimitent l'horizon.

**320.** La légitimité de l'expérimentalisme démocratique dépend donc de la mise en œuvre concrète de mécanismes qui garantissent que le processus d'expérimentation se déroule dans le respect de ce cadre substantiel. Certains auteurs ont mis en évidence les faiblesses de l'expérimentalisme démocratique sur ce point<sup>132</sup>. Dans le domaine des politiques sociales où il est assez difficile de se mettre d'accord sur la nature du problème et les objectifs politiques à poursuivre, comme l'aide aux plus pauvres, l'expérimentalisme démocratique aurait ainsi mené à un délitement des politiques sociales et à un accroissement des inégalités sociales<sup>133</sup>. Dans les domaines où il existe des conflits d'intérêts moraux et économiques, sortir le débat public du parlement se serait fait au profit de ceux qui sont les mieux placés pour prendre part au débat public et faire entendre leur voix. A défaut de pallier cette faiblesse, l'expérimentalisme démocratique risque d'être un échec en termes de démocratie. On risque de se retrouver face à une version idéologique de l'expérimentalisme, antinomique avec l'ambition première de l'expérimentalisme de promouvoir l'expression des différentes convictions morales et politiques.

On notera que cette difficulté est moins présente quand l'expérimentation porte sur le contenu des droits humains consacrés dans les constitutions nationales ou dans les textes internationaux. En effet, dans cette hypothèse, l'expérimentation ne se déroule pas dans un cadre totalement indéterminé ; les droits constituent un principe référentiel ouvert qui doit permettre d'évaluer les expériences et d'en tirer des apprentissages collectifs qui aboutiront à une adaptation des exigences concrètes qui découlent du droit<sup>134</sup>. Pour que l'expérimentalisme démocratique porte ses promesses démocratiques, il faut par ailleurs veiller à ce que les acteurs concernés participent effectivement à l'élaboration de la voie alternative visant à réaliser le droit ainsi qu'à son évaluation.

---

<sup>131</sup> M. WILKINSON, « The Three Conceptions of Law... », *op. cit.*, p. 677.

<sup>132</sup> O. LOBEL, *op. cit.*, pp. 371-386 (Part VI. Central Normative Challenges) et pp. 387-390 ; D. A. SUPER, « Laboratories of Destitution: Democratic Experimentalism and the Failure of Antipoverty Law », *University of Pennsylvania Law review*, Vol. 157, 2009, pp. 541-616.

<sup>133</sup> D. A. SUPER, « Laboratories of Destitution... », *op. cit.*, pp. 541-616.

<sup>134</sup> A ce propos, O. De Schutter avait relevé que l'apprentissage sur base d'un processus d'expérimentations était conditionné à la définition d'une base évaluative qui soit elle-même ouverte au débat démocratique et à la critique (« The Democratic Experimentalist Approach to Governance : Protecting Social Rights in the European Union », *op. cit.*, p. 140).

**321.** Il est dès lors essentiel de veiller à ce que le juge ne se cantonne pas uniquement dans un rôle procédural<sup>135</sup>. Il ne doit pas seulement être le ‘catalyseur’ de l’expérimentation, il doit être le gardien des principes démocratiques et de l’esprit des droits : éclairé par les points de vue des parties, il doit juger si l’expérimentation des parties respecte le droit et les principes démocratiques et les concrétise de manière plus efficiente que la règle minimale (‘prophylactic rule’).

**322.** Dans un article très récent sur la fonction jurisprudentielle d’application des DESC, Sandra Liebenberg et Katharine Young ont relevé le risque que les approches participatives de détermination des droits désavantagent en pratique les parties les plus faiblement équipées pour participer au débat démocratique, les moins organisées ou les plus faibles politiquement, par rapport aux approches traditionnelles de détermination du droit dans lesquelles les cours et tribunaux protègent les intérêts des parties les plus faibles<sup>136</sup>. Selon les auteures, cette faiblesse n’implique pas qu’il faille rejeter l’expérimentalisme démocratique. Dans leurs conclusions, elle invite plutôt à mener une étude approfondie des conditions dans lesquelles la l’expérimentalisme démocratique pourra garantir la participation effective des acteurs et contribuer à une meilleure réalisation des droits.

L’expérimentalisme se concentre en effet sur le versant procédural de la démocratie. Peu de développements sont consacrés à l’explicitation du cadre normatif dans lequel doit se dérouler le processus d’expérimentation. La théorie offre peu d’outils aux organes internationaux pour les guider dans leur évaluation des voies expérimentales empruntées par les Etats en vue de réaliser les droits. Suivant notre grille de lecture, cette lacune pourrait éloigner l’expérimentalisme démocratique d’une conception démocratique qu’il tend pourtant à concrétiser. A défaut d’être suffisamment outillés, les organes internationaux pourraient être tentés de valider *a priori* les expérimentations menées par les Etats par crainte d’usurper leur souveraineté nationale. Dans cette hypothèse, on assisterait à un glissement d’une conception démocratique vers une acception relativiste des droits, le contenu de ceux-ci étant assimilés aux expériences politiques menées par les Etats. Les organes de contrôle pourraient, au contraire, procéder à une évaluation arbitraire des expériences et déterminer de manière discrétionnaire le contenu des droits. On s’orienterait alors vers une approche absolutiste des droits<sup>137</sup>.

---

<sup>135</sup> D. A. SUPER, « Laboratories of Destitution... », *op. cit.*, p. 613.

<sup>136</sup> S. LIEBENBERG et K. G. YOUNG, « Adjudicating Social and Economic Rights. Can Democratic Experimentalism Help ? », in H. A. Garcia, K. Klare and L. A. Williams, *Social and Economic Rights in Theory and Practice. Critical Inquiries*, Londres, Routledge, 2015, pp. 237-257. Voy. également : S. LIEBENBERG, « Participatory Approaches to Socio-Economic Rights Adjudication : Tentative Lessons from South African Eviction Law », *Nordic Journal of Human Rights*, Vol. 32, n°4, 2014, p. 329.

<sup>137</sup> Cette faiblesse de l’expérimentalisme démocratique fait écho, au niveau national, à la critique exprimée par Tushnet à l’encontre des nouvelles formes de contrôle de constitutionnalité parmi lesquelles il range le contrôle expérimentaliste démocratique. Selon lui, les pratiques expérimentalistes de contrôle constitutionnel sont instables en pratique. Elles peuvent progressivement conduire à la suprématie parlementaire et faillir à protection des droits ou elles peuvent au contraire mener à un contrôle fort de constitutionnalité et à une forme d’activisme judiciaire (M. V. TUSHNET, « New Forms of Judicial review and the Persistence of Rights – And Democracy-Based Worries », *Wake Forest L. Rev.*, Vol. 38, 2003, pp. 813-838.

En vue de s'assurer que l'expérimentalisme démocratique concrétise une conception démocratique des droits (participation effective des acteurs au débat sur les droits et approfondissement des principes démocratiques et des droits), nous proposons d'y combiner les apports de l'approche par les capacités d'Amartya Sen. Dans cette démarche, nous espérons répondre utilement aux préoccupations de Sandra Liebenberg et de Katharine Young et donner suite à leur appel.

### Section 3. L'approche par les capacités

**323.** L'approche par les capacités développée par Amartya Sen nous apparaît complémentaire à l'expérimentalisme démocratique en ce qu'elle propose des outils analytiques utiles à l'évaluation de l'efficacité des expérimentations par rapport à la norme minimale en ce qui concerne le niveau de la concrétisation des principes démocratiques et de la réalisation des droits<sup>138</sup>. Ces balises pourront guider les organes internationaux dans leur rôle de gardien des principes démocratiques et de l'esprit des droits et garantir une pratique démocratique des droits humains.

**324.** Nous suivons une structure de présentation de l'approche par les capacités similaire à celle adoptée pour l'expérimentalisme démocratique. Après une brève présentation générale de l'approche par les capacités, nous démontrons que la conception des droits humains dans les travaux de Sen est étroitement liée à l'approche démocratique (§1). Nous montrons ensuite les apports que l'on peut trouver dans les travaux de Sen pour pallier les insuffisances de l'expérimentalisme démocratique : il offre une théorie évaluative incomplète qui peut guider les organes internationaux dans l'évaluation des expérimentations et la spécification du droit qui s'en suit (§2). Enfin, nous montrons que l'approche par les capacités souffre de l'absence d'une théorie procédurale de l'action. L'expérimentalisme démocratique et l'approche par les capacités apparaissent ainsi complémentaires, chacune des théories rencontrant les lacunes de l'autre (§3).

#### Présentation succincte de l'approche par les capacités

**325.** Deux préoccupations majeures ont guidé Amartya Sen dans l'élaboration de sa théorie de la justice. Il a tout d'abord constaté que plusieurs raisons légitimes entrent parfois en conflit pour l'évaluation de la justice. Il rejette dès lors les théories transcendantales de la justice qui prétendent définir définitivement les principes d'une société parfaitement juste. Il élabore au contraire une approche comparative de la justice qui, plutôt que de spéculer sur la société

<sup>138</sup> Pour une mobilisation du cadre de l'approche par les capacités pour une meilleure réalisation des droits sociaux et des droits civils et politiques des groupes sociaux défavorisés, voy. : A. BLACKETT, « Situated Reflections on International Labour Law, Capabilities, and Decent Work: The Case of Centre Maraîcher Eugène Guinot », *Revue québécoise de droit international*, 2007, pp. 223-244.

idéale, vise concrètement à guider le choix entre différentes politiques<sup>139</sup>. Amartya Sen a par ailleurs mis en évidence les limites des théories de la justice qui se consacrent à l'étude des dispositifs institutionnels. La justice doit, selon lui, se préoccuper de la vie que mènent réellement les individus. Il s'attache dès lors à formuler une théorie de la justice qui porte directement sur les réalisations sociales<sup>140</sup>.

**326.** Dans son approche de la justice, Amartya Sen propose de retenir la 'capacité' comme base informationnelle pour mesurer la justice ou l'injustice. La capacité correspond à la liberté liée aux possibilités concrètes des individus de mener la vie qu'ils ont des raisons de valoriser<sup>141</sup>. En réaction aux conceptions ressourcistes qui se focalisent au mieux sur les moyens qui permettent d'atteindre la liberté, il propose de se concentrer directement sur la liberté pour évaluer la justice<sup>142</sup>.

### *§1. Une conception des droits humains étroitement liée à l'approche démocratique*

**327.** La question de la démocratie est centrale dans l'approche par les capacités<sup>143</sup>. Dans la ligne des théoriciens de la démocratie délibérative, Sen appréhende la démocratie globalement, comme une culture de la délibération publique<sup>144</sup>. Il en identifie deux traits caractéristiques : « la tolérance à l'égard de points de vue différents (y compris le fait de se trouver d'accord pour être en désaccord) » et « l'encouragement au débat public (y compris le fait d'adhérer à l'idée qu'il peut y avoir enrichissement et enseignement réciproques) »<sup>145</sup>.

Dans ses écrits sur la démocratie, Sen s'est employé à démontrer que ces deux pratiques sociales ne sont pas l'apanage de l'Occident mais qu'on en trouve des exemples dans toutes les parties du monde<sup>146</sup>. Pour étayer sa prétention à reconnaître la démocratie comme une

<sup>139</sup> A. SEN, *L'idée de justice* (traduit par P. Chemla), Paris, Flammarion, 2012, pp. 13-17, pp. 29-43, pp. 121-150 (Chapitre 4. Voix et choix social). Pour élaborer son approche comparative de la justice, il se réfère à la méthode de la théorie du choix social élaborée par Jean-Charles de Borda et Condorcet à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle et modernisée par Kenneth Arrow vers 1950.

<sup>140</sup> *Ibid.*, pp. 13-17, pp. 44-48, pp. 107-120 (Chapitre 3. Institutions et personnes).

<sup>141</sup> *Ibid.*, pp. 44-45 et pp. 283-288. Sur la notion de capacités, voy., plus généralement, la troisième partie de l'ouvrage dédiée aux « matériaux de la justice ».

<sup>142</sup> *Ibid.*, pp. 96-97 et pp. 309-326 (Chapitre 12. Capabilités et Ressources). Voy. également : A. SEN, « Equality of What ? », in S. McMurrin (dir.), *Tanner Lectures on Human Values*, Tome 1, Cambridge, Cambridge University Press, 1979, pp. 196-220 ; A. SEN, *Repenser l'inégalité* (traduit par P. Chemla), Paris, Editions du Seuil, 2000.

<sup>143</sup> A. SEN, *L'idée de justice*, *op. cit.*, pp. 295-298 ainsi que la quatrième partie de l'ouvrage dédiée au raisonnement public et à la démocratie. A ce sujet, voy. également : J.-M. BONVIN, « Capacités et démocratie », in J. De Munck et B. Zimmermann (dir.), *La liberté au prisme des capacités. Amartya Sen au-delà du libéralisme*, Paris, Editions de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences sociales, 2008, pp. 237-261 ; J.-M. BONVIN, « La démocratie dans l'approche d'Amartya Sen », *L'Economie politique*, Vol. 3, n°27, 2005, pp. 24-37 ; J. BOHMAN, « Délibération, pauvreté politique et capacités », in *La liberté au prisme des capacités...*, *op. cit.*, pp. 215-236.

<sup>144</sup> A. SEN, *L'idée de justice*, *op. cit.*, 2012, pp. 386-390.

<sup>145</sup> A. SEN, *La démocratie des autres. Pourquoi la liberté n'est pas une invention de l'Occident ?*, Paris, Éditions Payot & Rivages, 2005, p. 25.

<sup>146</sup> A. SEN, *L'idée de justice*, *op. cit.*, 2012, pp. 390-399 ; du même auteur, « Democracy as a Universal Value », *Journal of Democracy*, Vol. 10, 1999, pp. 3-17.

valeur universelle, il décline ses vertus dans la vie des hommes sous trois plans : sa valeur intrinsèque, sa fonction instrumentale et sa dimension constructive<sup>147</sup>. Tout d'abord, la liberté de participer au débat démocratique a une valeur *intrinsèque* pour la vie humaine et le bien-être. Ensuite, la démocratie a une valeur *instrumentale*. Elle permet aux individus d'attirer l'attention du politique sur leurs besoins et sur les inégalités (en ce compris économiques) et de les inciter à intervenir. La liberté de participer au débat démocratique est donc à la fois une capacité fondamentale et une capacité instrumentale qui permet le développement d'autres capacités. Enfin, la démocratie a une fonction *constructive* dans la formation de valeurs et normes sociales. L'échange de vues, d'informations et d'analyses à travers le débat démocratique permet de prendre en considération la pluralité d'intérêts et de raisons et d'effectuer des choix collectifs informés et situés. La reconnaissance d'une pluralité irréductible de raisons et l'exigence d'incomplétude qui s'en suit sont au fondement de l'affirmation de la démocratie comme moteur de la construction sociale<sup>148</sup>. Dans cette affirmation, Sen s'oppose à d'autres délibérativistes qui, comme Rawls, pensent que l'exercice du raisonnement public, sous un éventuel voile d'ignorance, peut aboutir à un consensus définitif sur les principes de justice<sup>149</sup>. Dans la vision de Sen, les normes d'organisation de la vie sociale ne sont pas données une fois pour toutes ; elles sont construites et reconstruites en permanence à travers le débat public<sup>150</sup>. Sen adopte donc une conception délibérative de la démocratie qui réserve une place centrale au conflit dans le processus infini de redéfinition des normes sociales<sup>151</sup>.

**328.** Dans plusieurs écrits, Sen a réfléchi au fondement des droits humains et à leur vocation<sup>152</sup>. Selon sa définition, les droits humains correspondent à un type d'affirmation éthique suivant laquelle une liberté individuelle est importante et doit être protégée ou sauvegardée. Selon Sen, les proclamations des droits humains reposent sur « la présomption implicite que les revendications éthiques qui les sous-tendent survivront à un examen ouvert et informé »<sup>153</sup>. Il distingue son approche d'une part de la tentative de justifier l'éthique des droits humains en termes de valeurs universelles partagées – et déjà établies (naturalisme) et, d'autre part, de l'abdication de toute adhésion à des valeurs universelles en faveur d'une conception politique particulière qui conviendrait au monde contemporain (relativisme)<sup>154</sup>. Sen ne lie pas l'institution des droits humains à l'avènement de la démocratie. Cependant, à partir du moment où les droits humains (comme les autres prétentions éthiques) ne peuvent être évalués qu'à l'aide du raisonnement public et que le raisonnement public est constitutif

<sup>147</sup> Sur les fonctions de la démocratie, voy. A. SEN, « Democracy as a Universal Value », *op. cit.*

<sup>148</sup> J.-M. BONVIN et N. FARVAQUE, *Amartya Sen, Une politique de la liberté*, Paris, Michalon, 2008, p. 92.

<sup>149</sup> A. SEN, *L'idée de justice*, *op. cit.*, 2012, p. 101, pp. 130-137.

<sup>150</sup> *Ibid.*, pp. 121-150 (Chapitre 4. Voix et Choix social).

<sup>151</sup> Sur la place laissée au conflit par les théoriciens de la démocratie délibérative, voy. L. BLONDIAUX, « Démocratie délibérative vs. Démocratie agonistique », *op. cit.*

<sup>152</sup> A. SEN, *L'idée de justice*, *op. cit.*, 2012, pp. 421-459; « Elements of a Theory of Human Rights », *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 32, n°4, 2005, pp. 315-356. En version française: A. SEN, « Eléments d'une théorie des droits humains », in J. De Munck et B. Zimmermann (dir.), *La liberté au prisme des capacités...*, *op. cit.*, pp. 140-183 ; voy. également, du même auteur : « Rights as Goals », in Guest S. et Milne A. (dir.), *Austin Lecture*, University College London, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1985, pp. 11-25 ; A. SEN, *Ethique et économie et autres essais*, Paris, PUF, 1987.

<sup>153</sup> A. SEN, *L'idée de justice*, *op. cit.*, p. 427.

<sup>154</sup> A. SEN, « Eléments d'une théorie des droits humains », *op. cit.*, p. 144.

de l'idée de démocratie, il établit un lien fort entre droits humains et exercice de la démocratie.

**329.** Ce lien implique que les droits humains soient incomplets et évolutifs. L'approche des droits humains développée par Sen exige tout d'abord un débat sur les libertés qui méritent d'être protégées et sur le contenu des obligations qui en découlent<sup>155</sup>. Elle laisse par ailleurs de l'espace pour des discussions ultérieures «sur (i) la manière dont l'attention due aux droits humains serait la mieux orientée ; (ii) la façon de mesurer entre eux les différents droits humains et d'intégrer leurs exigences respectives ; (iii) la manière dont les prétentions liées aux droits humains pourraient être conciliées avec d'autres préoccupations évaluatives qui méritent également l'attention éthique, et ainsi de suite »<sup>156</sup>.

**330.** A partir du moment où la théorie des droits humains de Sen repose sur l'exercice du débat démocratique, la garantie des conditions d'exercice du débat est cruciale. En ce sens, Sen considère que la liberté de participer au débat démocratique est fondamentale<sup>157</sup>. Par ailleurs, l'objectivité et l'impartialité sont chez Sen des exigences essentielles à la tenue d'un débat démocratique raisonné. Ces impératifs impliquent la prise en compte la plus large possible des points de vue dans le débat, laquelle va de pair avec l'affirmation d'une certaine idée d'égalité entre les individus<sup>158</sup>. L'approche des droits humains de Sen s'inscrit parfaitement dans la conception démocratique des droits fondée sur les principes normatifs d'autonomie collective et d'égalité.

**331.** Dans ses travaux, Sen promeut la progression<sup>159</sup> et l'égalisation des libertés individuelles entendues comme capacités<sup>160</sup>. On pourrait se demander si la liberté individuelle n'est pas une valeur ultime dont la légitimité ne reposerait pas sur les exigences démocratiques mais serait présupposée<sup>161</sup>. On relèvera toutefois que la proposition de Sen ne réside pas dans une affirmation de la liberté inconditionnelle<sup>162</sup>. Tout d'abord, Sen refuse d'établir une liste fermée des capacités à protéger par des droits. Selon ses termes, ce refus provient notamment d'une « réticence à accepter toute diminution substantielle du domaine du raisonnement public ». Seules les libertés jugées d'une importance particulière au terme d'un débat

---

<sup>155</sup> Afin d'être protégée par un droit humain, une liberté doit être assez importante pour donner des raisons de lui prêter une attention sérieuse. Il faut par ailleurs que la protection de cette liberté soit susceptible d'être améliorée par la coopération sociale (A. SEN, « Éléments d'une théorie des droits humains », *op. cit.*, p. 151 et s.).

<sup>156</sup> A. SEN, « Éléments d'une théorie des droits humains », *op. cit.*, p. 145. A propos de la place du débat démocratique dans la discipline des droits humains, Amartya Sen écrit ainsi : « (...) la possibilité de tels débats n'est pas juste une caractéristique de ce qu'on pourrait appeler la pratique des droits humains ; ils constituent en fait une partie de la discipline générale des droits humains, y compris de sa théorie sous-jacente (plutôt qu'ils ne sont un embarras pour cette discipline). Reconnaître la nécessité d'accorder une vigilance éthique aux droits humains, ce n'est pas oblitérer le besoin de tels débats, mais au contraire y inviter » (A. SEN, « Éléments d'une théorie des droits humains », *op. cit.*, p. 146).

<sup>157</sup> A. SEN, « Democracy as a Universal Value », *op. cit.*, p. 10.

<sup>158</sup> A. SEN, *L'idée de justice*, *op. cit.*, pp. 351-355.

<sup>159</sup> A. SEN, *L'idée de justice*, *op. cit.*, p. 359.

<sup>160</sup> A. SEN, *L'idée de justice*, *op. cit.*, pp. 283-288.

<sup>161</sup> La plupart des versions du libéralisme érigent en effet la liberté individuelle en fin ultime à propos de laquelle aucune discussion n'est admissible (voy. note de bas de page 50 du deuxième titre).

<sup>162</sup> Selon ses termes, Sen accorde à la liberté personnelle « une certaine priorité » mais rejette l'exigence « extrémiste » de Rawls de lui donner une priorité lexicographique ou absolue (A. SEN, *L'idée de justice*, *op. cit.*, pp. 360-361).



démocratique doivent être protégées par des droits. En outre, Sen affirme l'importance d'entendre d'autres rationalités que la liberté dans le débat sur les droits<sup>163</sup>. De même, il accorde de la valeur à l'égalisation des capacités mais admet qu'elle peut entrer en conflit avec d'autres préoccupations importantes qui doivent être prises en considération<sup>164</sup>. Dans une telle mesure, la promotion des libertés est compatible avec une conception démocratique des droits humains. La démocratie inclut en effet notamment la poursuite des libertés, laquelle passe par l'institution des droits humains<sup>165</sup>.

**332.** Sen considère enfin les droits « comme des buts qui doivent être réalisés de la manière la plus adéquate possible »<sup>166</sup>. Sen distingue sa proposition de l'approche utilitariste, suivant laquelle les droits ne sont pas des buts mais des instruments aux fins de maximiser le bien-être général<sup>167</sup>. Il distingue également sa conception de l'approche déontologiste des droits suivant laquelle « les droits sont des contraintes à l'intérieur desquelles l'action est libre de se donner les buts qu'elle entend se donner »<sup>168</sup>. Le système des droits-buts est défini par Sen comme « le système moral dans lequel le respect et la violation des droits sont compris parmi les buts, intégrés à l'évaluation des situations puis appliqués au choix des actions par des liens de cause à conséquence »<sup>169</sup>. Sen est attentif à la question de l'effectivité des droits. Selon lui, la réalisation ou la non-violation des droits doit figurer parmi les buts de l'action collective, si on les considère comme fondamentaux et qu'on leur accorde une valeur intrinsèque et non juste instrumentale. La vision des droits comme contraintes se borne à imposer aux individus de ne pas violer un droit mais elle n'implique pas qu'ils posent une action pour contribuer à sa réalisation ou à sa non-violation par d'autres. Si la réalisation ou la non-violation des droits figure parmi les buts, elle doit alors nécessairement être prise en compte par toute personne susceptible d'y contribuer.<sup>170</sup> Sen distingue les droits-buts qui sont fondamentaux des droits 'instrumentaux' ou 'dérivés' qui visent à la réalisation des droits-buts ou d'autres buts. Soulignons que les droits-contraintes conservent ainsi une place dans le système des droits-buts puisqu'ils peuvent servir d'instruments à la réalisation des droits-buts.<sup>171</sup> Tout en étant sensible aux liens de cause à conséquence, le système des droits-buts ne peut, selon Sen, être qualifié de conséquentialiste au sens strict du terme puisqu'il n'implique pas que la justesse d'une action doive être uniquement évaluée par rapport à ses effets sur la réalisation des

<sup>163</sup> A. SEN, « Eléments d'une théorie des droits humains », *op. cit.*, p. 145. Voy. également, du même auteur : « Rights as Goals », *op. cit.*, pp. 18 et 23.

<sup>164</sup> A. SEN, *L'idée de justice*, *op. cit.*, pp. 356-359.

<sup>165</sup> C. LEFORT, « Droits de l'homme et politique », *op. cit.*, pp. 49-50 (suivant lequel l'exigence de liberté est au cœur des droits humains).

<sup>166</sup> J. DE MUNCK, « Vers un nouveau paradigme du droit », *op. cit.*, p. 255. A ce propos, voy. Également : A. SEN, « Rights as Goals », *op. cit.*, pp. 11-25.

<sup>167</sup> A. SEN, « Rights as Goals », *op. cit.*, p. 13.

<sup>168</sup> J. DE MUNCK, « Vers un nouveau paradigme du droit », *op. cit.*, p. 254. Ainsi, selon Nozick, « rights do not determine a social ordering but instead set the constraints within which a social choice is to be made, by excluding certain alternatives, fixing others, and so on » (R. NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, Blackwell, 1974, p. 166).

<sup>169</sup> A. SEN, *Ethique et économie et autres essais*, *op. cit.*, 1987, p. 130. Voy. aussi, du même auteur : « Rights as Goals », *op. cit.*, pp. 11-25.

<sup>170</sup> A. SEN, « Rights as Goals », *op. cit.*, p. 15.

<sup>171</sup> A. SEN, « Rights as Goals », *op. cit.*, pp. 17-18.

droits. Le système des droits-buts admet que d'autres buts soient poursuivis en marge de la réalisation des droits qu'il promeut<sup>172</sup>.

## **§2. Une théorie évaluative incomplète qui approfondit les principes de la démocratie**

**333.** Dans l'approche de Sen, les droits humains sont ouverts et incomplets. L'approche par les capacités fait toutefois peser de véritables exigences sur la discipline des droits humains. L'évolution des droits doit tendre vers une orientation substantielle qui est le développement et l'égalité des droits-capacités parmi lesquelles figure le droit-capacité de participer au débat démocratique (l'autonomie individuelle, l'autonomie collective et l'égalité). L'autonomie collective est également une exigence procédurale de la démocratie.

**334.** L'expérimentalisme propose un cadre procédural intéressant pour stimuler la démocratisation de la discipline des droits humains. Nous avons par ailleurs démontré l'existence d'un cadre normatif minimal latent à l'expérimentalisme démocratique : le respect et la volonté d'approfondir les principes générateurs de la démocratie – soit l'autonomie (individuelle et collective) et l'égalité. Sous peine de voir se développer des instrumentalisation idéologiques des droits, les organes internationaux de supervision de l'application des droits humains doivent rejeter les expérimentations qui s'écartent des principes d'autonomie et d'égalité. Les expérimentalistes consacrent peu de développements aux balises qui peuvent guider les organes internationaux dans cette évaluation. L'approche par les capacités d'Amartya Sen peut utilement compléter l'expérimentalisme démocratique sur ce point. Elle offre des outils analytiques qui peuvent servir de balises pour les organes dans l'évaluation des résultats des expérimentations et la formulation de nouvelles règles minimales. Elle garantit ainsi que les organes internationaux, tout en catalysant l'expérience, jouissent des outils analytiques nécessaires pour jouer leur rôle de gardien des principes démocratiques et de l'esprit des droits.

**335.** En ce qui concerne tout d'abord la comparaison entre l'efficacité des expérimentations nationales et la norme minimale dans la réalisation du droit en cause, Sen rapporte les droits, dans le système des droits-buts, à des capacités<sup>173</sup>. Les droits-capacités doivent protéger à la fois la dimension de possibilité de la liberté ainsi que certains aspects de sa dimension procédurale<sup>174</sup>.

**336.** *La liberté comme possibilité* - Le premier aspect de la liberté correspond à la possibilité concrète d'exercer ou de jouir d'un droit. Sen s'inscrit ainsi dans la logique pragmatiste de la recherche de l'effectivité des droits. Sen met en exergue que la possession de ressources ne suffit pas à garantir la liberté comme possibilité concrète. Dans cette acception, la liberté dépend également de la capacité à les utiliser, capacité qui diffère d'un individu à l'autre, selon la présence ou non de facteurs de conversion favorables tels que les compétences et les

---

<sup>172</sup> A. SEN, « Rights as Goals », *op. cit.*, pp. 17 and 23.

<sup>173</sup> *Ibid.*, pp. 15-16 et pp. 22-23.

<sup>174</sup> A. SEN, *L'idée de justice*, *op. cit.*, pp. 281-283.

facultés des personnes et le contexte social, culturel et environnemental dans lequel elles vivent<sup>175</sup>. Les droits-buts ne doivent donc pas porter sur les ressources mais sur les capacités. Sen s'oppose à la conception ressourciste dans laquelle les droits sont considérés comme des ressources pour avoir accès à d'autres ressources (droit à l'éducation, droit au logement, liberté d'association,...). Cette conception ne parvient pas à égaliser les capacités car elle n'agit pas sur les différences de capacité à utiliser les ressources. Dans la poursuite des droits-buts portant sur des capacités, des droits-moyens portant sur les ressources ou les facteurs de conversion en jeu dans la capacité peuvent être consacrés<sup>176</sup>.

**337. La liberté de choix** - A travers son approche par les capacités, Sen ne valorise pas uniquement le 'résultat final' (ce que la personne finit par faire) mais les 'résultats globaux' qui intègrent la façon dont la personne parvient à la situation finale (par choix personnel ou par contrainte extérieure)<sup>177</sup>. La capacité englobe également un enjeu lié à la dimension procédurale de la liberté : le processus de choix. Autrement dit, la capacité adopte une vision large des possibilités qui intègre la possibilité de choisir<sup>178</sup>. La prise en considération du processus de choix dans l'évaluation des résultats distingue l'approche par les capacités d'un raisonnement conséquentialiste étroit qui ne prendrait en compte que le résultat final<sup>179</sup>.

La liberté de choix implique tout d'abord l'absence de contraintes de l'extérieur dans le choix de l'individu<sup>180</sup>. L'idée de liberté comprend le respect de l'autonomie. Suivant la théorie pluraliste de Sen, plusieurs conceptions substantielles du juste sont en effet admissibles dont aucune n'est supérieure. Pour prendre au sérieux la dimension processuelle de la liberté, il faut que le choix de la base informationnelle soit fait en situation et laissé autant que possible aux individus concernés. Il ne s'agit pas de tout ramener à des préférences individuelles, en refusant toute place au choix collectif. Il s'agit tout au plus d'indiquer que les bases collectives de jugement en justice doivent dans la mesure du possible respecter et encourager l'autonomie des individus<sup>181</sup>.

La liberté de choix nécessite par ailleurs la présence d'autres options que l'individu aurait eu la capacité réelle de choisir. Jean-Michel Bonvin estime que la liberté de choix implique la garantie de trois possibilités pour l'individu : être loyal aux prescriptions édictées collectivement (loyalty), contester ou négocier les exigences collectives (voice) ou opter pour la voie de la défection (exit), sans que cela induise un coût insupportable dans son chef dans le cas des deux dernières options<sup>182</sup>.

<sup>175</sup> A. SEN, *L'idée de justice*, op. cit., pp. 286-288.

<sup>176</sup> J.-M. BONVIN, « Right to Work and Individual Responsibility in Contemporary Welfare States. A Capability Approach to Activation Policies for the Unemployed », in E. Dermine et D. Dumont, *Activation Policies for the Unemployed, the Right to Work and the Duty to Work*, Bruxelles, P.I.E.-Peter Lang, 2014, pp. 182-183.

<sup>177</sup> A. SEN, *L'idée de justice*, op. cit., pp. 282-283.

<sup>178</sup> A. SEN, *L'idée de justice*, op. cit., pp. 284-285.

<sup>179</sup> A. SEN, *L'idée de justice*, op. cit., pp. 266-269.

<sup>180</sup> A. SEN, *L'idée de justice*, op. cit., p. 283.

<sup>181</sup> J.-M. BONVIN, « Capacités et démocratie », op. cit., p. 243.

<sup>182</sup> J.-M. BONVIN, « Capacités et démocratie », op. cit., pp. 243-244, se référant à Hirschman (A. O. HIRSCHMAN, *Exit, Voice and Loyalty : Responses to Decline in Firms, Organizations and States*, Cambridge, Harvard University Press, 1970).

**338.** Pour évaluer la réalisation d'un droit-capacité, l'organe international doit donc avoir égard à la mesure dans laquelle le fonctionnement a été accompli par l'individu en tenant compte également de la procédure de choix, en particulier d'autres solutions qu'il aurait pu choisir, dans les limites de ses capacités réelles de le faire<sup>183</sup>.

**339.** *La capacité de participer au débat démocratique* - Dans le cadre de l'expérimentalisme démocratique, l'autonomie collective, c'est-à-dire la possibilité pour les individus de participer à la formation de la volonté collective, apparaît centrale. Lors de l'évaluation des expérimentations menées au sein des Etats, les organes internationaux doivent évaluer si elles approfondissent, ou à tout le moins, respectent le principe d'autonomie collective mais ils doivent également avoir égard à la mesure dans laquelle les acteurs concernés ont eu la possibilité de participer à l'élaboration et à l'évaluation de l'expérience menée au sein des Etats. L'approche par les capacités offre des outils et des concepts intéressants afin de procéder à ce type d'évaluations.

**340.** Dans la conception des droits de Sen, l'autonomie collective est également une valeur essentielle puisque c'est au terme d'un processus de discussion démocratique que sont choisies les libertés qui méritent d'être protégées par un droit humain ou encore les obligations concrètes qui en découlent. Il en est de même pour l'arbitrage entre préférences individuelles et choix collectif ou entre l'importance relative de différents droits en conflit. Dans cette perspective, la capacité égale des individus de mener une évaluation raisonnée et de participer au débat démocratique est fondamentale<sup>184</sup>.

**341.** Selon Bohman, la conversion de droits formels en capacité réelle de participer au débat démocratique est entravée par « trois types fondamentaux d'inégalités délibératives : les asymétries de pouvoir (qui affectent l'accès à la sphère publique), les inégalités en termes d'aptitudes communicationnelles (qui touchent la capacité de participer et de faire un usage efficace des opportunités de délibérer dans la sphère publique) et la « pauvreté politique » ou le manque de capacités publiques (qui rend peu probable le fait que des citoyens défavorisés sur ce plan puissent participer aux délibérations publiques) »<sup>185</sup>.

Pour Jean-Michel Bonvin, l'effort pour développer le droit-capacité de participation au débat démocratique passe par la consécration de droits-moyens qui peuvent prendre la forme de droits-procéduraux, de droits-contraintes ou de droits sociaux<sup>186</sup>. Les droits procéduraux visent à garantir la participation des acteurs concernés au débat démocratique<sup>187</sup>. On pense notamment au droit à l'information, au droit à la consultation ou à la co-décision dans les

---

<sup>183</sup> A. SEN, *L'idée de justice*, op. cit., p. 283.

<sup>184</sup> A. SEN, *L'idée de justice*, op. cit., p. 363. Sur la notion de « capability for voice », voy. J.-M. BONVIN, « Individual Working Lives and Collective Action. An Introduction to Capability for Work and Capability for Voice », *Transfer. European Review of Labour and Research*, Vol. 18, n°1, 2012, pp. 9-18.

<sup>185</sup> J. BOHMAN, *Public Deliberation, Pluralism, Complexity and Democracy*, Boston, MIT Press, 1996, p. 110 cité dans J.-M. BONVIN, « Capacités et démocratie », op. cit., p. 250.

<sup>186</sup> J.-M. BONVIN, « Capacités et démocratie », op. cit., pp. 247-252.

<sup>187</sup> Sur l'importance des droits procéduraux pour permettre à chacun de participer à l'élaboration de la décision collective, voy. J.-M. BONVIN, « La participation à l'aune de l'approche par les capacités d'Amartya Sen », in F. Claisse, C. Laviolette, M. Reuchamps et C. Ruyters (dir.), *La participation en action*, Bruxelles, P.I.E.-Peter Lang, 2013, pp. 41-53.

entreprises, au droit à la co-décision pour les chômeurs notamment quant au choix des mesures d'activation ou encore aux droits à contestation *ex post* devant des instances impartiales. Les droits-contraintes définissent des limites à l'action politique selon le modèle déontologiste du droit<sup>188</sup>. A titre exemplatif, certains droits civils protègent l'intégrité physique et assurent un climat de sécurité et de liberté et contribuent ainsi à faire du droit à l'expression une capacité réelle. Enfin, les droits sociaux augmentent la capacité des parties faibles à exprimer leur volonté et à négocier, en leur permettant de faire défection à un coût supportable.

**342.** S'il faut viser la participation directe des individus au débat démocratique, il arrive que les intérêts de catégories de population soient représentés par des groupements ou des associations. Dans une telle hypothèse, le droit-capacité de participer au débat démocratique exige que l'action du représentant soit conforme à « ce qu'une personne aurait choisi si elle avait eu le contrôle »<sup>189</sup>, c'est-à-dire si elle avait participé directement au débat démocratique.

**343.** L'ensemble de ces concepts – *liberté comme possibilité, liberté de choix, capacité de participer au débat démocratique* – et les exigences qu'ils contiennent constituent des outils analytiques intéressants pour les organes internationaux lorsqu'ils doivent comparer l'efficacité des expérimentations menées par les Etats à la norme minimale jurisprudentielle que ce soit dans la réalisation du droit en cause ou au regard des principes normatifs de la démocratie.

#### Encadré 27 – Les outils d'évaluation des expérimentations au regard du cadre normatif de la démocratie

Afin d'évaluer la réalisation du droit, appréhender le droit comme **un droit-capacité**, qui intègre :

- une dimension de possibilité (droits-moyens portant sur des ressources ou des facteurs de conversion)
- et une dimension de liberté de choix (absence de contrainte, présence d'options)

Afin d'évaluer le respect et l'approfondissement de l'autonomie collective, saisir la réalisation **du droit-capacité de participer au débat démocratique** qui dépend du développement de droits-moyens qui peuvent prendre la forme de :

- droits procéduraux (droit à l'information, à la consultation, à la codécision ou encore à la contestation),
- de droits-contraintes (droits qui protègent l'autonomie individuelle)
- ou de droits sociaux (droits qui permettent de faire défection à un coût supportable).

<sup>188</sup> Sur cette notion, cf. *supra*, n°332. Voy. également : A. SEN, « Rights as Goals », *op. cit.*, pp. 17-18.

<sup>189</sup> A. SEN, *Rationalité et liberté en économie*, Paris, Odile Jacob, 2005, p. 315 cité dans J.-M. BONVIN et N. FARVAQUE, *Amartya Sen, Une politique de la liberté*, Paris, Michalon, 2008, p. 82.

### §3. L'absence d'une théorie procédurale de l'action

**344.** Le système des droits-capacités fournit des orientations normatives minimales et ouvertes à la pratique démocratique des droits humains. Sen n'élabore pas, en parallèle, une théorie de l'action, qui permette concrètement aux organes de mener une action jurisprudentielle qui favorise la réalisation progressive des droits-capacités.

**345.** Selon Sen, le choix des meilleures options politiques afin de réaliser un droit-capacité doit se faire au cours d'une discussion libre et ajustée aux circonstances sociales et économiques. Il s'agit d'une question d'efficacité : pour mettre effectivement les individus en capacités, il convient d'adapter les droits-moyens, les droits-contrainte ou encore les droits procéduraux à leur environnement d'application. Il s'agit également d'une question de légitimité : la démocratie réelle passe par l'implication directe des acteurs concernés dans les processus de choix collectif. L'évaluation des capacités doit également se faire *in situ*. Jean De Munck écrit ainsi que :

« (l'œuvre) de Sen doit aussi, pour fonctionner comme cadre évaluatif, être contextualisée. Ce qu'est, concrètement et empiriquement, une capacité dans une société donnée ne découle pas de la définition substantielle qu'en pourrait donner un théoricien en fauteuil, ni même un expert dans une salle de réunion de l'ONU. Il faut plonger le concept de capacité en situation, dans un contexte particulier, pour lui donner son opérativité »<sup>190</sup>.

**346.** Une approche pragmatiste de l'action jurisprudentielle nous semble pouvoir faire écho à ses préoccupations. Plusieurs spécialistes d'Amartya Sen ont d'ailleurs relevé l'intérêt de compléter la théorie du choix social de Sen d'une approche pragmatiste de l'action. Ils aperçoivent les indices d'une telle théorie de l'action, en attente de développement, dans les écrits de Sen<sup>191</sup>. A propos du système des droits-buts qui débouche sur un conséquentialisme non-utilitariste, Jean de Munck a ainsi écrit :

« Il est possible d'inclure la notion d'objectif dans le vocabulaire de base d'une théorie sociale sans que celle-ci devienne automatiquement utilitariste. Pour cela, il faut repenser une théorie de l'action. Sen s'arrête à ce seuil et n'en dit pas plus. Mais nous pouvons, nous, prendre cette main tendue par un économiste dont la moindre vertu n'est pas le mélange (détonnant) de prudence et d'audace qu'il n'a cessé d'incarner tout au long de sa carrière. Nous pouvons suggérer qu'une théorie pragmatiste de l'action est naturellement appelée à combler ce vide. Comme l'ont fait remarquer les historiens du pragmatisme, c'est bien à tort que la théorie de Pierce, Dewey et James a été associée à l'utilitarisme. Au

---

<sup>190</sup> J. De MUNCK, « Qu'est-ce qu'une capacité ? », in J. De Munck et B. Zimmermann (dir.), *La liberté au prisme des capacités...*, op. cit., p. 29.

<sup>191</sup> J. DE MUNCK et B. ZIMMERMANN, « Une épistémologie pragmatiste ? », in J. De Munck et B. Zimmermann (dir.), *La liberté au prisme des capacités...*, op. cit., p. 16. Voy. également : B. ZIMMERMANN, « Pragmatism and the Capability Approach. Challenges in Social Theory and Empirical research, *European Journal of Social Theory*, Vol. 9, n°4, 2006, pp. 467-484.

contraire, la moralité des buts, la circularité entre moyens et fins, le lien entre faits et valeurs a toujours été au centre de leur démarche »<sup>192</sup>.

L'approche par les capacités peut donc, à notre sens, être utilement enrichie par l'expérimentalisme démocratique qui offre aux organes internationaux une théorie de l'action pragmatiste, fondée sur l'expérience, en contexte, des parties, afin de l'aider à actualiser les exigences concrètes qui découlent des droits et de les rendre plus effectifs.

## Conclusion du Chapitre 2

**347.** La scission entre élaboration et application du droit confronte les organes internationaux à un manque de légitimité lorsqu'ils doivent appliquer un droit abstrait à un cas concret. Cette opération nécessite en effet qu'ils spécifient le droit. Les préoccupations démocratiques sont d'autant plus profondes lorsque la norme est ancienne et que le contexte a évolué ; elles sont encore accrues lorsque le droit implique des obligations de mise en œuvre de la part des Etats. Dans ces circonstances, les organes internationaux ont tendance à se limiter à effectuer un contrôle à la marge de l'action des Etats. Le politique l'emporte sur les droits humains et on glisse vers une forme relativiste des droits humains. Au contraire, les organes internationaux, désireux de veiller au respect et à la réalisation des droits, peuvent être tentés de déterminer et d'actualiser les exigences concrètes qui découlent du droit. La référence à la volonté des auteurs du texte de la norme n'ôte en rien le fait que la spécification du droit emporte une part d'arbitraire. Dans cette hypothèse, on assiste à une déconnexion des droits et du politique, qui risque d'engendrer un rejet du droit par les Etats. Aucune des deux voies de l'approche traditionnelle de l'action de la jurisprudence internationale n'est satisfaisante au regard de la conception démocratique des droits humains.

**348.** Nous proposons une approche alternative visant à ce que les droits humains, sans perdre leur autonomie par rapport au politique, soient concrètement un vecteur de vitalisation de la démocratie. Cette proposition est élaborée au départ des deux théories que sont l'expérimentalisme démocratique et l'approche par les capacités. Dans ce modèle, les organes internationaux s'appuient sur l'expérience et la connaissance des acteurs concernés afin de réduire progressivement l'indétermination légale et de réaliser progressivement les droits. La dynamique d'expérimentations encouragée par les organes internationaux alimente le débat démocratique sur la légitimité des droits et de leur contenu. Elle vivifie ainsi le débat démocratique et offre de re-politiser la détermination du contenu des droits. L'approche que nous qualifierons d'expérimentaliste de l'action de la jurisprudence internationale insufflé une dimension politique aux droits mais elle garantit par ailleurs que ces derniers ne soient pas réduits au rang des politiques. Les organes internationaux veillent ainsi à ce que le débat sur les droits respecte et vise à approfondir les droits-supports de la démocratie. L'approche par les capacités offre aux organes internationaux les concepts-étalon nécessaires afin qu'ils assurent leur rôle de gardien du cadre démocratique et de l'esprit des droits.

---

<sup>192</sup> J. DE MUNCK, « Vers un nouveau paradigme du droit », op. cit., p. 257.

Dans ces conditions, l'action de la jurisprudence internationale est conforme à l'idéal démocratique qui sous-tend les droits humains ; elle est alors, suivant notre grille de lecture, légitime et efficace. Légitime parce qu'elle ouvre le débat sur les droits aux Etats tout en veillant au respect et à l'approfondissement des droits-supports de la démocratie (qui, pour rappel, sont des principes supérieurs qui s'imposent au politique dans la conception démocratique des droits humains). Efficace, parce que la participation des acteurs à la détermination des droits conduit à une résorption progressive de l'écart entre la *law in the books* et la *law in action* et à une augmentation progressive des exigences qui découlent du droit, soit et à une plus grande effectivité du droit.



**Encadré 28 – Synthèse : approches traditionnelles v. approche expérimentaliste de l'action de la jurisprudence internationale**

	<b>Approches traditionnelles</b>		<b>Approche expérimentaliste</b>
<b>Action de la jurisprudence internationale</b>	Face à un droit abstrait à appliquer à un cas concret :		
	Au cas par cas :		Catalyseur de l'expérience Gardien du cadre de la démocratie et de l'esprit des droits <i>(cf. encadré suivant)</i>
	<b>Déférence</b> Validation des options politiques des Etats au regard du droit	<b>Activisme</b> Interprétation téléologique de droits absolus et définitifs	
<b>Conception des droits</b>	Glissement vers une conception relativiste des droits	Glissement vers une conception absolutiste des droits	Conception démocratique des droits
<b>Légitimité et efficacité de l'action de la jurisprudence internationale</b>	Spirale négative entre manque de légitimité et manque d'efficacité <i>Particulièrement quand :</i> <ul style="list-style-type: none"> <li>la norme est ancienne</li> <li>le contexte a changé</li> <li>obligations de mise en œuvre</li> </ul> <i>Concrètement :</i> <div>             Contrôle marginal par manque de légitimité             <div>Risque de rejet du droit par les Etats arguant d'un manque de légitimité</div> </div> Ecart entre la <i>law in the books</i> et la <i>law in action</i>		Spirale positive entre la légitimité et l'efficacité <i>Particulièrement pertinent quand:</i> <ul style="list-style-type: none"> <li>la norme est ancienne</li> <li>le contexte a changé</li> <li>obligations de mise en œuvre</li> </ul> <i>Concrètement :</i> <div>             Contrôle plus légitime et donc exigences accrues             <div>Résorption de l'écart entre la <i>law in the books</i> et la <i>law in action</i></div> </div>

### Encadré 29 – Focus sur le rôle de la jurisprudence internationale dans l’approche expérimentaliste

Catalyseur de l’expérience	Gardien du cadre de la démocratie et de l’esprit des droits
<p>Edicter une norme minimale.</p> <p>Encourager les Etats à s’en écarter et à expérimenter.</p> <p>Encourager la structuration externe d’un processus d’autorégulation interne (procédures d’évaluation et participation des acteurs concernés).</p> <p>Comparer les résultats des Etats pour juger du caractère raisonnable du choix posé par un Etat afin de détecter la violation et adapter la norme minimale.</p> <p>Les normes minimales sont toujours prophylactiques.</p>	<p>Dans le cadre de l’évaluation des expérimentations, vérifier que la solution alternative adoptée par l’Etat :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• S’inscrit dans la poursuite des objectifs généraux du droit</li> <li>• Contribue à une meilleure réalisation du droit appréhendé comme un droit-capacité (dimensions de possibilité et de liberté de choix)</li> <li>• Contribue à une meilleure réalisation du droit-capacité à participer au débat démocratique (droits procéduraux, droits-contraintes, droits sociaux)</li> </ul>

## Conclusion du Titre 2

**349.** Avant de procéder à l'analyse et à l'évaluation de l'action de la jurisprudence internationale relative au travail face aux politiques d'activation, il nous fallait examiner la question normative générale des exigences auxquelles sont conditionnées la légitimité et l'efficacité de l'action de la jurisprudence internationale relative aux droits humains dans la recomposition des politiques sociales. Ce deuxième titre y était consacré.

**350.** La question du rôle et du pouvoir d'action de la jurisprudence internationale dans la recomposition des politiques sociales dépend, à notre sens, du statut qui est donné aux droits humains et du rapport qu'il implique entre ces derniers et le politique. Nous fondant sur les travaux de Claude Lefort, nous avons démontré que l'institution des droits humains est intimement liée à l'avènement de la démocratie. Les droits sont le lieu d'institutionnalisation du conflit, vital pour la démocratie, sur la légitimité des normes sociales. La compréhension démocratique des droits humains définit leur articulation avec le politique. Les droits sont ouverts et évolutifs. L'approche démocratique ne mène toutefois pas à un relativisme absolu. La démocratie contient des exigences procédurales et normatives qui lient le politique. Elle implique d'une part la possibilité d'un débat continu sur l'adaptation des droits et des obligations qu'ils contiennent (exigence procédurale de la démocratie). Elle exige d'autre part que le débat démocratique se déroule dans le respect et dans la poursuite des principes normatifs de la démocratie que sont l'autonomie collective et l'égalité (dimension normative ou substantielle de la démocratie).

Il résulte de la réflexion sur le statut des droits humains que l'action de la jurisprudence internationale des droits humains n'est légitime et efficace que si elle concrétise la conception démocratique des droits. Autrement dit, la pratique disciplinaire du droit international des droits humains n'est légitime et efficace que si elle fait effectivement des droits humains un lieu de débats et de réflexions où se reconstruit dans un mouvement infini le vivre ensemble. Concrètement, la jurisprudence internationale doit veiller à instaurer un débat démocratique sur les droits et leur contenu ainsi que sur les différentes voies politiques pour les réaliser (droits ouverts et évolutifs, enjeux de la volonté collective). Elle doit par ailleurs veiller au respect et à l'approfondissement des principes normatifs de la démocratie (droits-supports, limites à l'action politique). Au regard de ces exigences, les approches traditionnelles de l'action de la jurisprudence internationale sont apparues insatisfaisantes. Nous proposons de combiner les apports de deux théories actuelles, l'expérimentalisme démocratique de Charles Sabel et Michaël Dorf et l'approche par les capacités d'Amartya Sen, pour développer une approche de l'action de la jurisprudence internationale qui satisfasse les exigences de la conception démocratique des droits humains. Cette approche, que nous qualifions d'expérimentaliste, permet d'approfondir à la fois les principes d'autonomie et d'égalité (dimension normative de la démocratie) et d'assurer la relance du débat démocratique (dimension procédurale de la démocratie). L'approche proposée permet à la jurisprudence internationale d'opérer de manière légitime et efficace dans ses fonctions de limitation et d'orientation de l'action publique, sans verser pour autant dans une conception absolutiste des droits.

**351.** Les questions théoriques du statut des droits humains et du pouvoir d'action de la jurisprudence internationale ayant été élucidées, nous opérons un retour sur l'objet d'étude. Sur base des réflexions théoriques menées dans cette partie, nous pouvons élaborer une grille de lecture analytique et évaluative de l'action de la jurisprudence internationale relative au droit au travail face aux politiques d'activation des personnes sans emploi

**352.** Pour rappel, le contexte dans lequel la jurisprudence est appelée à intervenir est particulier. Si la formulation du droit au travail dans les textes internationaux est largement ouverte et indéterminée, la conception réformiste s'est toutefois progressivement imposée au stade de la concrétisation des textes, notamment via les normes internationales matérielles. Or ce modèle de réalisation du droit au travail subit une grave crise d'efficacité et de soutien social dans les pays industrialisés depuis la fin des années 1970 et les politiques d'activation des personnes sans emploi apparaissent comme des tentatives variées d'ajustement ou de renouvellement des voies politiques de réalisation du droit au travail. La question de l'actualisation des exigences qui découlent du droit au travail par la jurisprudence internationale soulève des préoccupations de légitimité démocratique et de capacité importantes, d'autant plus que le droit au travail contient des obligations de mise en œuvre.

Dans ce contexte, nous identifions quatre *attitudes idéal-typiques* que la jurisprudence internationale relative au droit au travail est susceptible d'adopter face aux politiques d'activation des personnes sans emploi. Le cadre théorique développé *supra* permet d'évaluer la légitimité et l'efficacité des différentes approches.

(1) Consciente du risque d'usurper la souveraineté des Etats, la jurisprudence adopte une attitude d'auto-restriction. Elle valide les différentes voies politiques empruntées par les Etats afin d'activer les individus (accroissement de la contrainte économique au travail, renforcement de la contrainte juridique au travail, développement de droits, de services ou d'opportunités liés au travail), sans s'immiscer dans le nouvel arbitrage réalisé par les Etats entre le droit et le devoir de travailler des personnes sans emploi. L'action de la jurisprudence internationale ne pose aucun problème en termes de légitimité démocratique. Par contre, elle apparaît inefficace. Elle ne génère pas d'interrogations sur la légitimité des politiques menées par les Etats et ne contrôle pas si les réformes respectent et cherchent à approfondir les principes démocratiques ainsi que les objectifs généraux poursuivis par le droit au travail (à savoir la garantie de moyens de survie et l'épanouissement individuel). Cette attitude ne contribue pas à réduire l'écart entre la *law in the books* et la *law in action* (faible effectivité du droit au travail).

(2) La jurisprudence internationale cadre (le droit comme limite à l'action politique) et oriente (le droit comme enjeu de la volonté collective) les politiques d'activation à la marge à travers les notions et les catégories classiques du modèle réformiste d'après-guerre. La jurisprudence encourage le *statu quo* législatif. Les normes minimales de la conception réformiste ne sont pas soumises au débat démocratique (normes non-prophylactiques). Dans un contexte de chômage élevé et de longue durée, la conception réformiste du droit au travail subit pourtant une crise d'efficacité et de légitimité. On glisse vers une conception absolutiste des droits, dont la légitimité du contenu n'est pas

mise en débat. Dans ces conditions, l'action de la jurisprudence internationale perd progressivement en légitimité aux yeux des Etats. Cette approche se révèle inefficace. Les Etats se départissent progressivement des normes minimales identifiées par la jurisprudence internationale et une fracture se crée entre la jurisprudence internationale et la pratique des Etats (écart de plus en plus important entre la *law in the books* et la *law in action*).

(3) La jurisprudence internationale cadre (le droit comme limite à l'action politique) et oriente (le droit comme enjeu de la volonté collective) le phénomène d'activation des personnes sans emploi. Elle actualise les exigences concrètes qui découlent du droit au travail, sur base d'interprétations téléologiques. Elle recherche quelle aurait été la volonté des auteurs des pactes internationaux et impose une vision particulière des politiques d'activation. Cette opération implique nécessairement une part de discrétion. Cette approche manque en légitimité. La jurisprudence internationale usurpe la souveraineté nationale des Etats, en redéfinissant un nouvel équilibre entre le droit et le devoir de travailler des personnes sans emploi dans un contexte qui a changé depuis l'adoption des textes. L'approche est largement inefficace. La jurisprudence internationale bloque tout processus d'expérimentations au niveau des Etats alors qu'elle ne dispose pas des connaissances suffisantes pour identifier de nouvelles solutions face au chômage de masse et de longue durée. Dans ce contexte, les Etats ne se sentent pas liés par l'action de la jurisprudence internationale et l'écart entre la *law in the books* et la *law in action* tend à s'accroître.

(4) En suivant une démarche expérimentaliste, la jurisprudence internationale cadre et oriente progressivement le phénomène d'activation des allocataires sociaux. Dans un contexte où les problèmes et les solutions ne sont pas bien définis, la jurisprudence autorise les Etats à s'écarter des normes minimales de la conception réformiste du droit au travail, tout en veillant à ce que les politiques d'activation entreprises par les Etats cherchent à mieux réaliser le droit au travail et approfondissent, ou à tout le moins respectent, les principes démocratiques. Le droit au travail est appréhendé comme un droit-capacité. La jurisprudence internationale prend en compte l'impact des mesures d'activation sur la possibilité d'accéder à un travail mais également sur la liberté de choisir son travail, dimension essentielle afin que le travail puisse effectivement être vecteur d'épanouissement des individus. La jurisprudence est également attentive au développement du droit-capacité à participer à la formation de la volonté collective à travers les expérimentations. La jurisprudence prend ainsi une part active dans la réinvention des politiques sociales<sup>193</sup>. Son action est légitime : elle assure la relance du débat démocratique sur les droits et leur contenu, dans le respect et la poursuite des principes démocratiques. Grâce à cette légitimité, la jurisprudence peut progressivement actualiser les normes minimales qui découlent du droit au travail. Les Etats, parties au processus, s'y conforment et l'écart entre la *law in the books* et la *law in action* se réduit.

---

<sup>193</sup> A partir d'une comparaison de la pratique des Etats, la jurisprudence pourra peut-être progressivement dégager des balises plus précises (limitations et objectifs) aux politiques d'activation

**Encadré 30 - Grille de lecture analytique et évaluative de la jurisprudence internationale relative au travail face aux politiques d'activation des personnes sans emploi**

	<b>Approches traditionnelles</b>		<b>Approche expérimentaliste</b>
<b>Action de la jurisprudence internationale</b>	<p>Déférence</p> <p>Validation des différents types de mesures d'activation au regard du droit au travail (1)</p>	<p>Activisme</p> <p>Détermination d'exigences à partir de la conception réformiste du droit au travail (2)</p> <p>Détermination d'exigences à partir d'interprétations téléologiques du droit au travail (3)</p>	<p>Catalyseur de l'expérience</p> <p>Gardien du cadre de la démocratie et de l'esprit des droits (4)</p>
<b>Conception des droits</b>	Glissement vers une conception relativiste des droits	Glissement vers une conception absolutiste des droits	Conception démocratique des droits
<b>Légitimité et efficacité de l'action de la jurisprudence internationale</b>	<p>Spirale négative entre manque de légitimité et manque d'efficacité</p> <p><i>Concrètement :</i></p> <p>Contrôle marginal par manque de légitimité</p> <p>Risque de rejet du droit par les Etats arguant d'un manque de légitimité</p> <p>Ecart entre la <i>law in the books</i> et la <i>law in action</i></p>		<p>Spirale positive entre la légitimité et l'efficacité</p> <p><i>Concrètement :</i></p> <p>Contrôle plus légitime et donc exigences accrues</p> <p>Résorption de l'écart entre la <i>law in the books</i> et la <i>law in action</i></p>

**Encadré 31 - Focus sur les fonctions de la jurisprudence internationale relative au droit au travail face aux politiques d'activation des personnes sans emploi dans l'approche expérimentaliste**

Catalyseur de l'expérience	Gardien du cadre démocratique et de l'esprit des droits
<p>Edicter une norme minimale.</p> <p>Encourager les Etats à s'en écarter et à expérimenter.</p> <p>Encourager la structuration externe d'un processus d'autorégulation interne (procédures d'évaluation et participation des acteurs concernés).</p> <p>Comparer les résultats des Etats pour juger du caractère raisonnable du choix posé par un Etat afin de détecter la violation et adapter la norme minimale.</p> <p>Les normes minimales sont toujours prophylactiques.</p>	<p>Dans le cadre de l'évaluation des expérimentations, vérifier que la solution alternative adoptée par l'Etat :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• S'inscrit dans la poursuite des objectifs généraux du droit au travail, soit l'épanouissement des individus</li> <li>• Contribue à une meilleure réalisation concrète du droit au travail appréhendé comme un droit-capacité (droit-but), dimensions de possibilité et de liberté de choix</li> <li>• Contribue à une meilleure réalisation du droit-capacité à participer au débat démocratique (droits procéduraux, droits-contraintes, droits sociaux)</li> </ul>

## Bibliographie sélective du Titre 2

AÏTCHISON, G., « The Agonistic Dimension of Rights », University of Braga, Portugal, International Conference on Ethics and Political Philosophy, Novembre 2012.

ALCOTT, B., « Should Degrowth Embrace the Job Guarantee ? », *Journal of Cleaner Production*, n°38, 2013, pp. 56-60.

ARNESON, R., « Is Work Special ? Justice and the Distribution of Employment, *The American Political Science Review*, Vol. 84, n°4, Décembre 1990, pp. 1127-1147.

ARTHURS, H., « Who's Afraid of Globalization ? Reflection on the Future of Labour Law » in J. D. R. Craig, et S. M. Lynk (dir.), *Globalization and the Future of Labour Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 51-64.

BEETHAM, D., *Democracy and Human Rights*, Cambridge, Polity Press, 1999.

BEITZ, C., *The Idea of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

BESSON, S., « Legal Philosophical Issues of International Adjudication. Getting Over the *Amour Impossible* between International Law and Adjudication », in C. Romano, K. J. Alter et Y., Shany, *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 413-434.

BILCHITZ, D., *Poverty and Fundamental rights: The Justification and Enforcement of SocioEconomic Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

BLACKETT, A., « Situated Reflections on International Labour Law, Capabilities, and Decent Work: The Case of Centre Maraîcher Eugène Guinois », *Revue québécoise de droit international*, 2007, pp. 223-244.

BLONDIAUX, L., « Démocratie délibérative vs. Démocratie agonistique ? Le statut du conflit dans les théories et les pratiques de participation contemporaines », *Raisons politiques*, Vol. 2, n°30, 2008, pp. 131-147.

BOHMAN, J., « Délibération, pauvreté politique et capacités », in J. De Munck et B. Zimmermann (dir.), *La liberté au prisme des capacités. Amartya Sen au-delà du libéralisme*, Paris, Editions de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences sociales, 2008, pp. 215-236.

BONVIN, J.-M. et MOACHON, E., « Right to Work and Individual Responsibility in Contemporary Welfare States. A Capability Approach to Activation Policies for the Unemployed », in E. Dermine et D. Dumont, *Activation Policies for the Unemployed, the Right to Work and the Duty to Work*, Bruxelles, P.I.E.-Peter Lang, 2014, pp. 179-205.



BONVIN, J.-M., « La participation à l'aune de l'approche par les capacités d'Amartya Sen », in F. Claisse, C. Laviolette, M. Reuchamps et C. Ruyters (dir.), *La participation en action*, Bruxelles, P.I.E.-Peter Lang, 2013, pp. 41-53.

BONVIN, J.-M., « Capacités et démocratie », in J. De Munck et B. Zimmermann (dir.), *La liberté au prisme des capacités. Amartya Sen au-delà du libéralisme*, Paris, Editions de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences sociales, 2008, pp. 237-261.

BONVIN, J.-M. et FARVAQUE, N., *Amartya Sen, Une politique de la liberté*, Paris, Michalon, 2008.

BONVIN, J.-M., « La démocratie dans l'approche d'Amartya Sen », *L'Economie politique*, Vol. 3, n°27, 2005, pp. 24-37.

BURKE, E., *Réflexions sur la révolution de France* (traduit par P. Andler), Paris, 1989 (originellement publié en 1790).

BUTLER, B. E., « Law as a Democratic Means : The Pragmatic Jurisprudence of Democratic Experimentalism », *Contemporary Pragmatism*, Décembre 2012, Vol. 9, n°1, pp. 241-254.

COHEN, J. et SABEL, C., « Global Democracy ? », *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 37, n°4, 2005, pp. 784-794.

COHEN, J. et SABEL, C., « Directly-Deliberative Polyarchy », *European Law Journal*, Vol. 313, 1997, pp. 313-342.

COLLINS, H., « Theories of Rights as Justifications for Labour Law », in D. Davidov et B. Langille (dir.), *The Idea of Labour Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 137-155.

COLONNA D'ISTRIA, P., « La raison publique au miroir de l'Un. Claude Lefort vs. Rawls », *Revue du Mauss*, Vol. 1, n°37, 2011, pp. 405-418.

DE BÚRCA, G. et SCOTT, J. (dir.), *Law and New Governance in the EU and the US*, Oxford, Hart Publishing, 2006.

DE BÚRCA, G., KEOHANE, R. O. et SABEL, C., « Global Experimentalist Governance », *British Journal of Political Science*, Vol. 44, n°3, 2014, pp. 477-486.

DE MUNCK, J., « Vers un nouveau paradigme du droit », in F. Eymard-Duvernay, *L'économie des conventions – méthodes et résultats*, Tome I, Paris, La Découverte, 2006, pp. 249-262.

DE MUNCK, J. et ZIMMERMANN, B. (dir.), *La liberté au prisme des capacités. Amartya Sen au-delà du libéralisme*, Paris, Editions de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences sociales, 2008.

DE MUNCK, J., « Qu'est-ce qu'une capacité ? », in J. De Munck et B. Zimmermann (dir.), *La liberté au prisme des capacités. Amartya Sen au-delà du libéralisme*, Paris, Editions de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences sociales, 2008, pp. 21-50.

DE MUNCK, J. et ZIMMERMANN, B., « Une épistémologie pragmatiste ? », in J. De Munck et B. Zimmermann (dir.), *La liberté au prisme des capacités. Amartya Sen au-delà du libéralisme*, Paris, Editions de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences sociales, 2008, pp. 3-20.

DE SCHUTTER, O., « Activation Policies for the Unemployed, Redefining a Human Rights Response », in E. Dermine et D. Dumont (dir.), *Activation Policies for the Unemployed, the Right to Work and the Duty to Work*, Bruxelles, PIE-Peterlang, 2014, pp. 255-277.

DE SCHUTTER, O., « The Democratic Experimentalist Approach to Governance : Protecting Social Rights in the European Union », in DE SCHUTTER, O. et LENOBLE, J. (dir.), *Reflexive Governance. Redefining the Public Interest in a Pluralistic World*, Oxford, Hart Publishing, 2010, pp. 115-143.

DE SCHUTTER, O. et MORENO, V. Lax, *Human Rights in the Web of Governance : Towards a Learning-based Fundamental Rights Policy for the European Union*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

DE SCHUTTER, O., « The Role of Evaluation in Experimentalist Governance : Learning by Monitoring in the Establishment of the Area of Freedom, Security and Justice », in C. Sabel and J. Zeitlin (dir.), *Experimentalist Governance in the European Union: Towards a New Architecture*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 261-296.

DORF, M., « Legal Indeterminacy and Institutional Design », *New York University Law Review*, Vol. 78, n°3, 2003, pp. 875-981.

DORF, M. et SABEL, C., « A Constitution of Democratic Experimentalism », *Columbia Law Review*, Vol. 98, n°2, 1998, pp. 267-473

DRANCOURT, N., « Activation de la protection sociale : un droit à revenu universel de type nouveau ? », *Mouvements*, Vol. 1, n°73, 2013, pp. 122-129.

DUFOUR, A., *Droits de l'homme, Droit naturel et histoire*, Paris, PUF, 1991.

ELSTER, J., « Is There (or Should There Be) a Right to Work ? », in A. Gutmann, *Democracy and the Welfare state*, Princeton, Princeton University Press, 1988.

FABRE, C., *Social Rights under the Constitution*, Oxford, Clarendon Press, 2000.

GÉRARD, P., *Droit et démocratie. Réflexions sur la légitimité du droit dans la société démocratique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1995.

GÉRARD, P., *L'esprit des droits. Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2007.

GERSTENBERG, O., « The Justiciability of Socio-economic Rights, European Solidarity, and the Role of the Court of Justice of the EU », *Yearbook of European Law*, 2014, pp. 245-276.

HANDLER, J. et BABOCK, A., « The Failure of Workfare : Another Reason for a Basic Income Guarantee », *Basic Income Studies* (revue en ligne), Vol. 1, n°1, 2006.

HARVEY, P., « The Right to Work and Basic Income Guarantees : Competing or Complementary Goals », *Rutgers Journal of Law and Urban Policy*, Vol. 2, n°1, 2005, pp. 8-48.

HARVEY, P., « Securing the Right to Work and Income Security », in E. Dermine et D. Dumont (dir.), *Activation Policies for the Unemployed, the Right to Work and the Duty to Work*, Bruxelles, PIE-Peterlang, 2014, pp. 223-254.

HARVEY, P., *Securing the Right to Employment : Social Welfare Policy and the Unemployed in the United States*, Princeton, Princeton University Press, 1989.

HEPPLE, B., *Social and Labour Rights in a Global Context : International and Comparative Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

KING, J., *Judging Social Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

KLEIN, A., « Judging as Nudging : New Governance Approaches for the Enforcement of Constitutional Social and Economic Rights », *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 39, 2007-2008, pp. 351-422.

LACROIX, J., « Droits de l'homme et politique », [www.laviedesidees.fr](http://www.laviedesidees.fr), 2012.

LEFORT, C., « Droits de l'homme et Etat-providence », in *Essais sur le politique (XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles)*, Paris, Seuil, 1986.

LEFORT, C., « La question de la démocratie », in *Essais sur le politique (XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles)*, Paris, Seuil, 1986.

LEFORT, C., « Droits de l'homme et politique », in *L'invention démocratique. Les limites de la domination totalitaire*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Fayard, 1994, pp. 43-85 (originellement publié en 1981).

LEFORT, C. avec THIBAUD, P., « La communication démocratique », *Esprit*, n° 9-10, septembre-octobre 1979, pp. 34-44.

LIEBENBERG, S., « Participatory Approaches to Socio-Economic Rights Adjudication : Tentative Lessons from South African Eviction Law », *Nordic Journal of Human Rights*, Vol. 32, n°4, 2014, pp. 312-330.

LIEBENBERG, S. et YOUNG, K. G., « Adjudicating Social and Economic Rights. Can Democratic Experimentalism Help ? », in H. A. Garcia, K. Klare and L. A. Williams, *Social and Economic Rights in Theory and Practice. Critical Inquiries*, Londres, Routledge, 2015, pp. 237-257.

LIEBMAN, J. S. et SABEL, C., « A Public Laboratory Dewey Barely Imagined : the Emerging Model of School Governance and Legal Reform », *New York University Review Law and Social Change*, Vol. 28, n°183, 2003, pp. 183-304.

LIEDEBERG, S., « The Protection of Economic and Social Rights in Domestic Legal Systems », in EIDE, A., KRAUSE, C. et ROSAS, A. (dir.), *Economic, Social and Cultural Rights*, The Hague, Kluwer, 2002, pp. 55-84.

LOBEL, O., « The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought », *Minnesota Law Review*, Vol. 89, n°342, pp. 342-470.

LODEMEL, I. et MOREIRA, A., *Activation or Workfare ? Governance and the Neo-Liberal Convergence*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

MANTOUVALOU, V., « Are Labour Rights Human Rights ? », *European Labour Law Journal*, Vol. 3, n°2, 2012, pp. 151-172.

MARX, K., « A propos de la question juive », in *Philosophie* (édition établie et annotée par M. Rubel), Paris, 1994, pp. 47-88 (originellement publié en 1844).

MICHELMAN, F. I., *Brennan and Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 1999.

MONGIN, O., « Entretien avec Jean-Marc Ferry. Pour une autre valorisation du travail. Défense et illustration du secteur quaternaire », *Esprit*, juillet 1997, n°234, pp. 5-17.

NICKEL, J., *Making Sense of Human Rights*, Malden, Blackwell, 2007 (deuxième édition).

NICKEL, J. W., « Is There a Human Right to Employment ? », *Philosophical Forum*, Vol. 10, 1978-1979, pp. 149-170.

NIVARD, C., *La justiciabilité des droits sociaux. Etudes de droit conventionnel européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

RAZ, J., *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986.

ROMANO, C., ALTER, K. J. et SHANY, Y., « Mapping International Adjudicative Bodies, the Issues and Players », in C. Romano, K. J. Alter et Y., Shany (dir.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 4-27.

RUSTIN, M., « A Statutory Right to Work », *New Left Review*, n°137, 1983, pp. 48-67.

SABEL, C. et ZEITLIN, J., « Learning from Difference : the Experimentalist Architecture of European Governance », *European Law Journal*, Vol. 14, n°3, 2008, pp. 271-327.

SALAS, R., « La donnée n'est pas un donné. Pour une analyse critique de l'évaluation chiffrée de la performance », *Revue française d'administration publique*, Vol. 3, n°135, 2013, pp. 497-515.

SALAS, K., « La politique des indicateurs. Du taux de chômage au taux d'emploi dans la stratégie européenne pour l'emploi », in B. Zimmerman, *Les sciences sociales à l'épreuve de l'action. Le savant, le politique et l'Europe*, Editions de la Maison des Sciences de l'Homme, Paris, 2004, pp. 287-331.

SCOTT, C. et MACKLEM, P., « Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees ? Social Rights in a New South African Constitution », *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 141, n°1, 1992, pp. 43-84.

SEN, A., *L'idée de justice* (traduit par P. Chemla), Paris, Flammarion, 2012.

SEN, A., « Eléments d'une théorie des droits humains » (traduit par J. De Munck), in J. De Munck et B. Zimmermann (dir.), *La liberté au prisme des capacités. Amartya Sen au-delà du libéralisme*, Paris, Editions de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences sociales, 2008, pp. 140-183 (originellement publié en 2005).

SEN, A., *La démocratie des autres. Pourquoi la liberté n'est pas une invention de l'Occident ?*, Paris, Éditions Payot & Rivages, 2005.

SEN, A., *Repenser l'inégalité* (traduit par P. Chemla), Paris, Editions du Seuil, 2000.

SEN, A., « Democracy as a Universal Value », *Journal of Democracy*, Vol. 10, 1999, pp. 3-17.

SEN, A., « Equality of what ? », in S. McMurrin (dir.), *Tanner Lectures on Human Values*, t. I, Cambridge, Cambridge University Press, 1979, pp. 196-220.

SEN, A., *Ethique et économie et autres essais*, PUF, Paris, 1987.

SEN, A., « Rights as Goals », in Guest S. et Milne A. (dir.), *Austin Lecture*, University College London, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1985.

SHUE, H., *Basic Rights : Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*, Princeton, Princeton University Press, 1980.

STANDING, G. (dir.), *Promoting Income Security as a Right : Europe and North America*, Londres, Anthem Press, 2002.

SUPER, D. A., « Laboratories of Destitution: Democratic Experimentalism and the Failure of Antipoverty Law », *University of Pennsylvania Law review*, Vol. 157, 2009, pp. 541-616.

SUPIOT, A., *La gouvernance par les nombres*, Paris, Fayard, 2015.

SUPIOT, A., *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010, pp. 75-88.

TANGHE, F., *Le droit au travail entre histoire et utopie, 1789-1848-1989 : de la répression de la mendicité à l'allocation universelle*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1989.

TUSHNET, M., *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999.

TUSHNET, M. V., « New Forms of Judicial review and the Persistence of Rights – And Democracy-Based Worries », *Wake Forest Law Rev.*, Vol. 38, 2003, pp. 813-838.

VANDERBORGHT, Y., « The Tensions of Welfare State Reform and the Potential of a Universal Basic Income », in E. Dermine et D. Dumont (dir.), *Activation Policies for the Unemployed, the Right to Work and the Duty to Work*, Bruxelles, PIE-Peterlang, 2014, pp. 209-222.

VANDERBORGHT, Y. et VAN PARIJS, P., *L'allocation universelle*, Paris, La Découverte, 2005.

VIELLE, P., *La sécurité sociale et le coût indirect des responsabilités familiales. Une approche de genre*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

WEYMANS, W., « Freedom through Political Representation : Lefort, Gauchet and Rosenvallon on the Relationship between State and Society », *European Journal of Political Theory*, Vol. 4, n°3, 2005, pp. 263-282.

WIDERQUIST, K., NOGUERA, J.A., VANDERBORGHT Y. et DE WISPELAERE J. (dir.), *Basic Income: An Anthology of Contemporary Research*, New York, Wiley-Blackwell, 2013.

WILKINSON, M., « The Three Conceptions of Law : Towards a Jurisprudence of Democratic Experimentalism », *Wisconsin Law Review*, Vol. 673, 2010, pp. 673-718.

YOUNG, K. G., *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

YOUNG, K. G., « A Typology of Economic and Social Rights Adjudication: Exploring the Catalytic Function of Judicial Review », *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 8, n°3, 2010, pp. 385-420.

YOUNGDAHL, J., « Solidarity First : Labor Rights are Not the Same as Human Rights », *New Labor Forum*, Vol. 18, n°31, 2009, pp. 31-37.

ZEITLIN, J. et TRUBEK, D. (dir.), *Governing Work and Welfare in a New Economy : European and American Experiments*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

ZEITLIN, J. et SABEL, C. (dir.), *Experimentalist Governance in the European Union. Towards a New Architecture*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

ZIMMERMANN, B., « Pragmatism and the Capability Approach. Challenges in Social Theory and Empirical research, *European Journal of Social Theory*, Vol. 9, n°4, 2006, pp. 467-484.

### **Titre 3. La jurisprudence internationale relative au droit au travail face aux politiques d'activation des personnes sans emploi : étude analytique et évaluative**

#### **Introduction du Titre 3**

**353.** La troisième partie de la recherche est consacrée à l'examen de l'action de la jurisprudence internationale relative au droit au travail face à la tendance des pays industrialisés à activer les personnes sans emploi. La démarche est quadruple à travers cet exercice. Elle est tout d'abord *descriptive* : il s'agit de décrire comment la jurisprudence internationale relative au droit au travail oriente et cadre le développement des mesures d'activation des personnes sans emploi, en assurant la mise en lien avec les éléments contextuels mis en évidence dans le premier titre. La démarche est ensuite *analytique ou heuristique* : l'action de la jurisprudence internationale est caractérisée au regard de la typologie idéal-typique élaborée dans le deuxième titre de la recherche (approches activiste, déférente, ou expérimentale). La perspective est également *évaluative* : au regard de la réflexion menée dans le deuxième titre sur le pouvoir d'action de la jurisprudence internationale dans la recomposition des politiques sociales, seule l'approche expérimentale, qui concrétise une conception démocratique des droits humains, est légitime et efficace. La démarche est enfin *exploratoire* : l'exercice permet de soumettre la typologie idéal-typique élaborée dans le deuxième titre à l'épreuve du concret et d'effectuer, dans un second temps, un retour réflexif sur celle-ci.

**354.** Entrent dans le champ d'analyse l'ensemble des actes par lesquels les organes internationaux de contrôle de l'application des pactes internationaux relatifs aux droits humains déterminent les exigences minimales qui découlent du droit au travail face aux mesures d'activation des personnes sans emploi. L'extension du corpus jurisprudentiel a été précisée dans l'introduction (cf. *supra*, n°13). Il est large mais circonscrit. Le choix d'un objet d'étude si étendu est justifié et pertinent au regard de l'objectif poursuivi par la recherche. Il ne s'agit pas de commenter successivement l'ensemble des actes adoptés par les organes internationaux ; il s'agit d'identifier les grandes lignes qui traversent la jurisprudence des organes internationaux, de mettre en évidence les points communs et les différences d'approche et de confronter les pratiques aux différents modèles idéal-typiques d'action de la jurisprudence identifiés dans la deuxième partie de la thèse. De manière ponctuelle, nous nous référons à la jurisprudence relative au droit au travail antérieure au développement des mesures d'activation, afin de mettre en évidence les éventuelles actualisations des exigences concrètes qui découlent du droit au travail au regard des évolutions du contexte économique et social. De même, un certain écho est donné à la jurisprudence internationale relative au droit à la sécurité sociale et aux normes internationales minimales en matière de prestations de chômage, sur lesquelles s'appuient la jurisprudence internationale pour identifier les normes minimales qui découlent du droit au travail librement choisi.

**355.** Dans le premier chapitre, nous examinons le positionnement de la jurisprudence internationale par rapport à l'affirmation des Etats industrialisés que les mesures d'activation des personnes sans emploi constituent une nouvelle voie de réalisation du droit au travail, dans le nouvel environnement économique et international (le droit au travail, comme objectif de l'action politique, logique conséquentialiste). Dans le second chapitre, nous vérifions si la jurisprudence envisage le droit au travail comme une limite au développement des mesures d'activation coercitives (le droit au travail comme limite à l'action politique, logique déontologiste).



## Chapitre 1. Les politiques d'activation des personnes sans emploi, un moyen de réaliser le droit au travail ?

### Introduction

**356.** Dans ce chapitre, nous examinons la question de savoir si l'activation des personnes sans emploi est considérée par la jurisprudence internationale comme une voie adéquate dans la poursuite de la réalisation du droit au travail. L'analyse se concentre donc sur la jurisprudence relative aux obligations de mise en œuvre qui découlent du droit au travail consacré à l'article 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) et à l'article 1<sup>er</sup> de la Charte sociale européenne (CSE). En ce qui concerne cette dernière disposition, le Comité européen des droits sociaux (CEDS) procède, pour rappel, à un examen séparé des différents paragraphes de l'article, lesquels énoncent les différentes obligations qu'implique la reconnaissance du droit au travail<sup>1</sup>. Dans ce chapitre, la jurisprudence relative au premier paragraphe concentre notre attention. Ce paragraphe consacre en effet l'obligation générale des Etats de mettre en œuvre des politiques et des mesures adaptées visant à la réalisation du plein emploi et ce, en vue d'assurer l'exercice effectif du droit au travail. Nous avons incidemment égard à la jurisprudence relative au troisième paragraphe (services gratuits de l'emploi) et au quatrième paragraphe du même article (orientation, formation et réadaptation professionnelles appropriées), lesquels consacrent des obligations spécifiques de mise en œuvre du droit au travail. Pour rappel, les obligations contenues sous le quatrième paragraphe sont également protégées sous les droits particuliers à l'orientation et à la formation professionnelles aux articles 9 et 10 de la Charte. Nous opérons donc également des renvois à la jurisprudence du CEDS relative à ces articles.

**357.** Sous ces dispositions, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels<sup>2</sup> (CDESC) ainsi que le CEDS n'encouragent pas la dynamique d'activation dans son ensemble. Ils valorisent une de ses trois dimensions : les mesures prônées rentrent dans la catégorie des mesures d'activation qui augmentent les droits, les services et les opportunités liés au travail au bénéfice des personnes sans emploi (sur les différentes dimensions de l'activation, n°210-237). Cette variante de l'activation s'inscrit dans le prolongement de la conception réformatrice d'après-guerre du droit au travail qui s'est imposée jusqu'ici dans l'application des textes internationaux et peut être aisément saisie par les organes internationaux à travers leurs catégories intellectuelles habituelles (Section 1).

Afin de répondre à la crise d'efficacité que subit le modèle réformatrice d'après-guerre de réalisation du droit au travail, les Etats industrialisés recourent également à d'autres variantes de l'activation : les mesures qui renforcent la contrainte économique et/ou la contrainte juridique au travail des personnes sans emploi. Ces variantes coercitives de l'activation ne

---

<sup>1</sup> Pour un bref rappel de la composition du Comité européen des droits sociaux et des actes qu'il adopte, voy. l'introduction générale, Encadré 1.

<sup>2</sup> Pour un bref rappel de la composition du Comité des droits économiques, sociaux et culturels et des actes qu'il adopte, voy. l'introduction générale, Encadré 1.

cadrent pas avec la conceptualisation réformatrice du droit au travail, dont elles brouillent les catégories intellectuelles. Dans la deuxième section, nous examinons comment les organes internationaux considèrent et encadrent le développement de cette facette de l'activation. (Section 2).

## Section 1. La promotion des mesures d'activation qui développent les droits, les services ou les opportunités liés au travail

**358.** Face aux mutations de l'environnement économique et international, la jurisprudence internationale engage les Etats à développer une dimension de l'activation – l'augmentation des droits et/ou des services liés au travail –, dans la poursuite de la réalisation du droit au travail (obligations de mise en œuvre). Cette norme minimale est interrogée. Après avoir démontré qu'elle s'inscrit dans la continuité de la voie réformatrice de réalisation du droit au travail, nous examinons si la jurisprudence internationale procède à une actualisation de cette conception au regard des transformations du contexte socio-économique et des expériences menées par les Etats ou si l'on doit au contraire constater un *statu quo* de la jurisprudence. Le premier paragraphe est consacré à l'analyse de la jurisprudence du CDESC relative à l'article 6 du PIDESC et le second à l'examen de la jurisprudence du CEDS concernant le premier paragraphe de l'article 1<sup>er</sup> de la CSE.

### §1. La jurisprudence du CDESC relative à l'article 6 du PIDESC

#### *Rappel préliminaire : l'article 6 du PIDESC et la jurisprudence générale du CDESC*

L'article 6, §1<sup>er</sup> dispose que « les Etats (...) reconnaissent le droit au travail, qui comprend le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, et prendront des mesures appropriées pour sauvegarder ce droit ».

Le deuxième paragraphe précise « les mesures que chacun des Etats (...) prendra en vue d'assurer le plein exercice de ce droit ». Elles « doivent inclure l'orientation et la formation techniques et professionnelles, l'élaboration de programmes, de politiques et de techniques propres à assurer un développement économique, social et culturel constant et un plein emploi productif dans des conditions qui sauvegardent aux individus la jouissance des libertés politiques et économiques fondamentales ».

Le CEDSC considère que l'article 6 ne garantit pas un droit individuel à l'emploi mais qu'il engage les Etats à prendre des mesures en vue de réaliser progressivement le droit au travail (obligations de moyens – conception réformatrice du droit au travail dans sa dimension de créance). Il a précisé que l'obligation d'adopter des mesures en faveur de la mise en œuvre du droit au travail est toutefois immédiate.

**359.** Après avoir analysé la perception par le CDESC du phénomène de la mondialisation et de son impact sur la réalisation des DESC en général (a.), nous montrons, qu'afin de sécuriser plus particulièrement le droit au travail, le Comité promeut l'adoption et la mise en œuvre de mesures actives du marché du travail, avec un focus sur les mesures ciblées à destination de catégories défavorisées. Le développement de ces mesures correspond à l'une des variantes de l'activation, c'est-à-dire au développement de droits et/ou de services liés au travail au bénéfice des personnes sans emploi (b). La balise demeure toutefois très floue. Le Comité ne la précise pas progressivement sur base des expériences menées par les Etats (c.).

#### a. La globalisation et les droits économiques et sociaux

**360.** Le 11 mai 1998, le Comité a tenu une journée de débat général sur la mondialisation et son impact sur l'exercice des droits économiques et sociaux<sup>3</sup>. Au terme de la journée, il a adopté une déclaration<sup>4</sup>. La mondialisation (ou globalisation suivant le terme repris dans la version anglaise de la déclaration) y est définie, de manière classique, « par référence, avant tout aux progrès qui, dans les domaines des techniques, des communications, de l'informatique, etc., ont réduit les distances et rendu le monde plus interdépendant à de multiples égards »<sup>5</sup>. Le Comité a par ailleurs considéré que la mondialisation était « désormais aussi étroitement associée à différentes tendances et politiques bien marquées, notamment une libéralisation de plus en plus poussée, l'influence sans cesse plus forte des institutions et des marchés financiers internationaux dans la validation des priorités nationales de l'action publique, la diminution du rôle de l'État et de la taille de son budget, la privatisation de différentes fonctions que l'on estimait auparavant relever exclusivement de l'État, la déréglementation de toute une série d'activités en vue de faciliter les investissements et de récompenser l'initiative individuelle, et une intensification correspondante du rôle, voire des responsabilités dévolues au secteur privé, qu'il s'agisse des entreprises - en particulier des sociétés transnationales - ou de la société civile »<sup>6</sup>. Le Comité lie donc le phénomène empirique de la mondialisation à la prédominance idéologique du prédicat libéral de la suprématie du marché et des postulats de la théorie de l'économie de l'offre.

**361.** Le Comité nourrit des préoccupations importantes quant à l'impact des tendances associées à la mondialisation sur l'exercice des droits économiques et sociaux. S'il estime qu'« aucune de ces tendances n'est, en soi, nécessairement incompatible avec les principes du Pacte ou les obligations contractées à cet égard par les gouvernements », il craint que « leur

---

<sup>3</sup> C.D.E.S.C., Débat général sur le thème de « la mondialisation et ses incidences sur l'exercice des droits économiques et sociaux », Compte-rendu analytique de la 20<sup>ème</sup> séance, 18<sup>ème</sup> session, Genève, 30 juin 1998, E/C.12/1998/SR.20 ; Débat général sur le thème de « la mondialisation et ses incidences sur l'exercice des droits économiques et sociaux », Compte-rendu analytique de la 21<sup>ème</sup> séance, 18<sup>ème</sup> session, Genève, 30 juin 1998, E/C.12/1998/SR.21.

<sup>4</sup> C.D.E.S.C., Déclaration sur la mondialisation et les droits économiques et sociaux, 18<sup>ème</sup> session, Genève, mai 1998, in C.D.E.S.C., Rapport sur les 18<sup>ème</sup> et 19<sup>ème</sup> session, Conseil économique et social, Documents officiels, Genève, 1999, supplément n°2, E/C.12/1998/26, Chapitre IV, §515.

<sup>5</sup> C.D.E.S.C., Déclaration sur la mondialisation et les droits économiques et sociaux, *op. cit.*, §2.

<sup>6</sup> C.D.E.S.C., Déclaration sur la mondialisation et les droits économiques et sociaux, *op. cit.*, §2.

effet cumulé » « [rejette] au second plan les droits de l'homme qui sont au cœur de la Charte des Nations Unies, en général, et de la Charte internationale des droits de l'homme, en particulier »<sup>7</sup>. Lors de la journée de débats, Philip Alston, le Président du Comité, a par ailleurs induit l'existence d'un lien entre l'influence croissante du libéralisme économique et l'augmentation de la pauvreté globale et des inégalités :

« Alors que le libéralisme ne cesse de gagner du terrain, la situation des pauvres ne fait qu'empirer. Selon le dernier rapport du PNUD sur le développement humain, un quart de la population des pays en développement vit en dessous du seuil de pauvreté. Le nombre de personnes disposant de moins d'un dollar par jour pour assurer leur subsistance est estimé à 1,3 milliard. Les pays industriels ne sont pas épargnés, avec plus de 100 millions de personnes vivant sous le seuil de pauvreté. Les statistiques relatives aux inégalités de revenu sont encore plus parlantes. Alors que les 20 % les plus pauvres de la population mondiale totalisaient 2,3 % des richesses en 1960, ils n'en ont plus aujourd'hui que 1,1 %. Pendant la même période, les revenus des 20 % les plus riches n'ont quant à eux pas cessé d'augmenter »<sup>8</sup>.

A aucun moment, le Comité n'envisage les tendances libérales comme une proposition politique visant à la réalisation des droits économiques et sociaux. Dans son schéma de pensée, ces politiques relèvent purement et simplement d'un autre registre. Elles sont mues par la recherche d'autres objectifs que sont « la compétitivité, l'efficacité et la rationalité économique »<sup>9</sup>. Le Comité n'imagine pas que ces facteurs puissent être considérés, dans la conception libérale, comme les conditions de réalisation des droits économiques et sociaux. Un échange intervenu lors de la journée de débats entre Philip Alston et le représentant du FMI, Monsieur Grant Taplin, à propos des politiques de dérégulation du marché du travail et du droit au travail est particulièrement illustratif à cet égard. Monsieur Alston avait soulevé que :

« (l)a mondialisation risque d'avoir des effets néfastes sur le droit au travail et le droit à des conditions de travail justes et favorables, visés aux articles 6 et 7 du Pacte. Pour le FMI, l'objectif consiste en effet à éliminer ce qu'il nomme les rigidités du marché du travail et qui ne sont autre chose que les dispositions relatives à la protection des travailleurs appliquées dans la quasi-totalité des pays »<sup>10</sup>.

Le représentant du FMI lui avait répondu en ces termes : « lorsqu'on parle de rigidité des marchés de l'emploi, il s'agit de savoir pourquoi certains pays créent régulièrement des emplois et d'autres pas. En d'autres termes, on doit se demander par exemple pourquoi le taux de chômage est seulement de 4,3 % aux Etats-Unis alors qu'il avoisine 12 % en Allemagne et

---

<sup>7</sup> C.D.E.S.C., Déclaration sur la mondialisation et les droits économiques et sociaux, *op. cit.*, §3.

<sup>8</sup> C.D.E.S.C., Débat général sur le thème de « la mondialisation et ses incidences sur l'exercice des droits économiques et sociaux », *op. cit.*, E/C.12/1998/SR.20, §2.

<sup>9</sup> C.D.E.S.C., Déclaration sur la mondialisation et les droits économiques et sociaux, *op. cit.*, §4.

<sup>10</sup> C.D.E.S.C., Débat général sur le thème de « la mondialisation et ses incidences sur l'exercice des droits économiques et sociaux », *op. cit.*, E/C.12/1998/SR.20, §4. Voy. également le §3 de la Déclaration sur la mondialisation et les droits économiques et sociaux (*op. cit.*) : « Ainsi, faire une place excessive à la compétitivité au détriment des droits syndicaux énoncés dans le Pacte menace le respect du droit au travail et du droit à des conditions de travail justes et favorables ».

en France »<sup>11</sup>. Dans sa conception, la flexibilisation du marché du travail vise à augmenter le nombre d'emplois (explication néoclassique du chômage). Elle constitue une proposition politique visant à sécuriser le droit au travail dans sa dimension de créance. Cette proposition libérale repose sur le postulat que le libre jeu du marché du travail permettrait de créer le plein emploi (cf. *supra*, n°212-219).

**362.** Si le Comité exprime des craintes par rapport à l'emprise grandissante du libéralisme économique qui alimente et se nourrit de la mondialisation, il ne condamne pas pour autant la mondialisation. Par ailleurs, il ne considère pas que les tendances propres à l'approche libérale soient par essence contraires aux droits humains. C'est « par leur effet cumulé » qu'elles favorisent, selon lui, le capital au détriment des travailleurs<sup>12</sup> et ont un impact négatif sur la protection des droits économiques et sociaux. Ce risque peut toutefois, selon lui, être jugulé et les fruits de la mondialisation peuvent bénéficier à un plus grand nombre. Pour ce faire, les Etats doivent s'engager, dans une démarche parallèle à leur recherche de compétitivité et d'efficacité, à développer de nouveaux instruments et à élaborer des politiques innovantes « pour faire en sorte que les fruits de la mondialisation soient répartis de manière plus équitable »<sup>13</sup>. Loin d'adopter une attitude conservatrice ou de plaider pour le *statu quo*, le Comité reconnaît la nécessité d'élaborer des politiques et des mesures innovantes en vue de réaliser les droits économiques et sociaux dans le nouvel environnement globalisé. Il insiste par ailleurs pour que les Etats assurent la protection des plus vulnérables pendant les périodes d'ajustements structurels<sup>14</sup>.

Le Comité ne souscrit donc pas à l'affirmation suivant laquelle la globalisation contraindrait inévitablement les Etats à entrer dans une course au moins-disant social, les condamnant à flexibiliser la réglementation du travail et à diminuer la générosité de leurs prestations sociales (recommodification des individus) (explication *externaliste* de la crise des Etats-providence, à ce sujet, cf. *supra*, n°180). Lors de la journée de débat, certains membres du Comité avaient exprimé ce point de vue, Javier Wimer déclarant par exemple que « (l)a mondialisation a fait le jeu des grandes organisations internationales, des consortiums industriels et financiers, sonnant le glas de l'Etat-providence, de la responsabilité sociale des Etats qui ont perdu une grande part de leur souveraineté »<sup>15</sup>. Le Comité a toutefois refusé

---

<sup>11</sup> C.D.E.S.C., Débat général sur le thème de « la mondialisation et ses incidences sur l'exercice des droits économiques et sociaux », *op. cit.*, E/C.12/1998/SR.20, §30.

<sup>12</sup> Lors de la journée de débats, des inquiétudes furent exprimées à trois reprises quant à la modification du rapport de force entre travail et capital au bénéfice du capital (C.D.E.S.C., Débat général sur le thème de « la mondialisation et ses incidences sur l'exercice des droits économiques et sociaux », *op. cit.*, E/C.12/1998/SR.20, §18 ; C.D.E.S.C., Débat général sur le thème de « la mondialisation et ses incidences sur l'exercice des droits économiques et sociaux », *op. cit.*, E/C.12/1998/SR.21, §71 ainsi que le §91).

<sup>13</sup> C.D.E.S.C., Débat général sur le thème de « la mondialisation et ses incidences sur l'exercice des droits économiques et sociaux », *op. cit.*, E/C.12/1998/SR.21, §32 (Ade Adekuoye). Cette idée fût également exprimée par Ivan Antonovitch : « (Ce dernier) pense comme M. Teitelbaum qu'il n'est pas possible d'être pour ou contre la mondialisation, processus qui est en cours depuis plus de 150 ans. Toutefois, il se demande si, afin d'en minimiser les effets négatifs, il ne serait pas possible de prendre en compte des considérations relatives aux droits de l'homme. Dans la négative, le monde pourrait se trouver confronté au spectacle insupportable de la souffrance accrue des groupes les plus vulnérables de la société » (§30).

<sup>14</sup> C.D.E.S.C., Déclaration sur la mondialisation et les droits économiques et sociaux, *op. cit.*, §7.

<sup>15</sup> C.D.E.S.C., Débat général sur le thème de « la mondialisation et ses incidences sur l'exercice des droits économiques et sociaux », *op. cit.*, E/C.12/1998/SR.20, §38. Voy., dans le même sens, l'opinion exprimée par

d'installer les Etats dans un état de prostration et il les engage à adopter une attitude volontariste dans la protection des droits. Il refuse que ces derniers se retranchent derrière la mondialisation pour échapper à leurs responsabilités et il les enjoint ainsi à s'employer « à concevoir des modalités nouvelles ou complémentaires à même de mieux concilier ces tendances et politiques avec le plein respect des droits économiques, sociaux et culturels »<sup>16</sup>. Dans cette approche, les droits humains sont envisagés comme un outil permettant d'articuler des réflexions collectives sur les normes légitimes d'organisation de la société (conception démocratique des droits humains, cf. *supra*, 256-259).

**363.** Si le Comité se refuse à déresponsabiliser les Etats dans leurs choix de politiques économique et sociale, les membres du Comité ont exprimé de vives inquiétudes, lors de la journée de débats, à propos de l'immixtion grandissante de certaines organisations internationales agissant dans les secteurs du commerce, de la finance et de l'investissement (telles que la Banque mondiale ou le FMI) dans l'élaboration des politiques nationales<sup>17</sup>. Dans ce contexte, il enjoint ces organisations à prendre en compte la réalisation des droits humains dans leur action<sup>18</sup>. A travers les débats et la déclaration, le Comité articule non seulement une vision évolutive des droits humains et de leur contenu au gré des débats démocratiques mais il insiste également sur le rôle des droits humains en tant qu'outil de mobilisation et de lutte pour la démocratie face au pouvoir de ces organisations internationales. Nous reproduisons l'extrait du compte-rendu de la prise de parole d'Alejandro Teitelbaum, représentant de l'association américaine des juristes, lors de la journée de débats, qui rend parfaitement compte de cette conception des droits :

« La question qui se pose est de savoir comment les nations et les peuples peuvent recouvrer leurs droits fondamentaux dans le cadre d'institutions nationales et

---

Alejandro Teitelbaum de l'Association américaine des juristes : « La mondialisation signifie que le pouvoir économique l'a emporté sur le pouvoir politique : le pouvoir réel ne repose plus sur la communauté des États, mais sur un appareil constitué du Groupe des 7, du Fonds monétaire international (FMI), de la Banque mondiale, de l'OMC, du Conseil de sécurité des Nations Unies et de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord (OTAN) qui régissent les aspects politiques, financiers, économiques et militaires d'un système mondial pyramidal. Le projet d'accord multilatéral sur l'investissement (AMI), qui a été provisoirement proposé, constitue la plus scandaleuse des tentatives faites récemment pour soumettre les États aux desseins des sociétés multinationales » (*Ibid.*, §24).

<sup>16</sup> C.D.E.S.C., Déclaration sur la mondialisation et les droits économiques et sociaux, *op. cit.*, §4.

<sup>17</sup> C.D.E.S.C., Déclaration sur la mondialisation et les droits économiques et sociaux, *op. cit.*, §§5 et 7 ; C.D.E.S.C., Débat général sur le thème de « la mondialisation et ses incidences sur l'exercice des droits économiques et sociaux », *op. cit.*, E/C.12/1998/SR.20, §3 et E/C.12/1998/SR.21, §24. Voy. également en ce sens, l'opinion exprimée par le représentant de l'OIT, Guy Standing : « 19. Depuis une quinzaine d'années, les institutions financières internationales, le FMI, la Banque mondiale et les banques régionales de développement prônent des politiques d'ajustement structurel qui se caractérisent par une diminution de la protection sociale, une réduction du secteur public et une approche minimaliste et sélective en ce qui concerne les filets de sécurité sociaux. 20. L'Etat providence est en perte de vitesse et l'on assiste à la privatisation progressive des systèmes de protection sociale et de retraite, notamment sous la pression d'institutions financières et de fonds de pensions très puissants. Seuls quelques groupes privilégiés profiteront de cette évolution tandis qu'un nombre croissant de personnes n'auront plus de couverture sociale. On voit également ressurgir des notions que l'on croyait appartenir au passé, telles que le paternalisme ou l'idée selon laquelle seules les personnes "méritantes" auraient droit à une protection. Il faut donc encourager la création de nouveaux mécanismes institutionnels capables de défendre les secteurs de la population qui sont menacés par l'insécurité » (C.D.E.S.C., Débat général sur le thème de « la mondialisation et ses incidences sur l'exercice des droits économiques et sociaux », *op. cit.*, E/C.12/1998/SR.20, §19 et s.).

<sup>18</sup> C.D.E.S.C., Déclaration sur la mondialisation et les droits économiques et sociaux, *op. cit.*, §5 et 7.

transnationales démocratiques et prendre des décisions concernant leur propre destinée. Les organisations internationales et en particulier le système des Nations Unies doivent jouer un rôle fondamental dans ce processus. Bien qu'il soit en vérité impossible de s'opposer à la mondialisation, les nations et les peuples doivent lutter, en s'appuyant sur leurs institutions démocratiques, pour diriger le cours de leur propre vie »<sup>19</sup>.

#### b. Le focus sur les « mesures ciblées de l'emploi »

**364.** Après avoir abordé la perception par le CDESC de l'impact de la globalisation sur les DESC en général, nous nous concentrons sur les mesures et les politiques que le CDESC recommande aux Etats de développer, dans le contexte de la globalisation, en vue de réaliser le droit au travail et nous examinons si elles correspondent à certaines dimensions de l'activation des personnes sans emploi.

Dans son observation générale n°18 sur le droit au travail, le Comité a indiqué que l'obligation de mise en œuvre du droit au travail « englobe l'obligation (...) d'adopter une politique nationale sur le droit au travail ainsi qu'un plan détaillé tendant à donner effet à ce dernier »<sup>20</sup>. Le Comité reconnaît expressément une marge de manœuvre aux Etats dans la définition des politiques et des mesures qui sont le plus adaptées à sa situation nationale<sup>21</sup>. Cette attitude d'auto-restriction s'explique aisément par le fait que le droit au travail est un droit vague et abstrait, que les obligations positives qui en découlent ont des conséquences financières importantes et que la lutte contre le chômage est un enjeu particulièrement complexe qui nécessite une connaissance fine des situations socio-économiques internationale et nationales (à ce propos, cf. *supra*, 293-301).

**365.** *La référence à la politique active en faveur de l'emploi encouragée par l'OIT* - Le Comité ne renonce pas pour autant à délivrer des balises relatives au contenu de la politique de l'emploi. Empruntant les termes de l'article 1, §1 de Convention n°122 de l'OIT sur la politique de l'emploi (1964)<sup>22</sup>, le Comité précise, dans son observation générale relative au droit au travail, que les Etats doivent élaborer et mettre en œuvre une politique de l'emploi qui permette « de stimuler la croissance et le développement économiques, d'élever les niveaux de vie, de répondre au besoin de main-d'œuvre et de résoudre le problème du chômage et du sous-emploi »<sup>23</sup>. En se référant aux normes internationales minimales d'harmonisation de l'OIT, le Comité évite les critiques relatives à son manque de légitimité démocratique et à son manque de connaissances. Tous les Etats parties au Pacte n'ont certes pas ratifié les conventions de l'OIT. Ils ont toutefois manifesté, lors de l'élaboration du Pacte, leur volonté

<sup>19</sup> C.D.E.S.C., Débat général sur le thème de « la mondialisation et ses incidences sur l'exercice des droits économiques et sociaux », *op. cit.*, E/C.12/1998/SR.21, §25.

<sup>20</sup> C.D.E.S.C., Observation générale n°18 relative au droit au travail, Article 6 du Pacte international relatif aux droits sociaux, économiques et culturels, 35<sup>ème</sup> session, Genève, adoptée le 24 novembre 2005, E/C.12/GC/18, §19.

<sup>21</sup> C.D.E.S.C., Observation générale n°18 relative au droit au travail, *op. cit.*, §37.

<sup>22</sup> Sur cette convention, voy. *supra*, n°154-156.

<sup>23</sup> C.D.E.S.C., Observation générale n°18 relative au droit au travail, *op. cit.*, §26.

de consacrer le droit au travail et de laisser à l'OIT le soin de concrétiser ce droit. Pour rappel, il a d'ailleurs explicitement précisé, dans la Recommandation n°169 de l'OIT adoptée en 1984, que les instruments de l'OIT relatifs à la politique de l'emploi doivent être considérés « comme le moyen d'assurer dans la pratique la mise en œuvre du droit au travail » (cf. *supra*, n°51). On ajoutera que, selon des procédures bien établies et avalisées par les Etats, l'OIT assiste d'ailleurs le CDESC dans sa mission d'application du Pacte. Dans ce cadre, il lui transmet les commentaires de la Commission d'experts de l'OIT sur l'application de nombreuses conventions et recommandations<sup>24</sup>.

La Convention n°122 engage de manière générale les Etats à développer « une politique active visant à promouvoir le plein emploi, productif et librement choisi ». La Recommandation n°122 sur la politique de l'emploi (1964) précise, en son point 8, que dans le cadre d'une telle politique de l'emploi, « les problèmes de l'emploi dépendant des fluctuations de l'activité économique, des modifications de structure et plus particulièrement d'un niveau insuffisant d'activité économique devraient être réglés par (a) des mesures générales de politique économique ; (b) des mesures sélectives se rapportant directement à l'emploi des travailleurs pris individuellement, ou de certaines catégories de travailleurs ». Il résulte de la lecture de la Recommandation n°122 que la politique active de l'emploi englobe d'une part les politiques macro-économiques qui visent une expansion constante de l'économie et, à court terme, à lutter contre le chômage conjoncturel<sup>25</sup> et, d'autre part, les politiques de l'emploi au sens strict, c'est-à-dire l'ensemble des interventions publiques visant à corriger les déséquilibres et les dysfonctionnements du marché du travail (politiques structurelles et anti-cycliques).

**366.** *Le focus sur la politique de l'emploi au sens strict* - Au-delà de la référence aux instruments de l'OIT, le Comité s'est concrètement, jusqu'à présent, concentré sur les politiques de l'emploi *sensu stricto*. Dans l'observation générale sur le droit au travail, il ne consacre aucun développement aux politiques macro-économiques en faveur de l'emploi. Dans ses observations finales relatives à l'application du Pacte, il n'a par ailleurs jamais soulevé de préoccupations quant à la politique macro-économique menée par les Etats, ni exprimé de préférences en faveur d'un type particulier de politique économique. Sur ce point, on distinguera l'approche du Comité européen des droits sociaux qui, fort d'un consensus entre les Etats européens pendant les Trente Glorieuses, a promu, durant cette période, le développement de politiques keynésiennes de relance de la demande et d'expansion budgétaire et a affiché certaines inquiétudes face aux Etats qui s'écartaient de ce modèle macro-économique de lutte contre le chômage (cf. *infra*, §2, n°381). L'absence de contrôle

---

<sup>24</sup> B. SAUL, D. KINLEY et J. MOWBRAY, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Commentary, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 276. Comme le relèvent ces auteurs, le CDESC fait d'ailleurs souvent écho, dans ses observations finales relatives à l'article 6, aux commentaires de la CEACR relatifs à la Convention n°122 (*op. cit.*, pp. 275-276).

<sup>25</sup> Voy. également : les point 2 et 3 des principes généraux de la politique de l'emploi exposés dans la Recommandation n°169 concernant la politique de l'emploi (1984) : « 2. La pleine reconnaissance par les Membres du droit au travail devrait être liée à la mise en œuvre de politiques économiques et sociales ayant pour but de promouvoir le plein emploi productif et librement choisi ».

3. La promotion du plein emploi productif et librement choisi devrait constituer la priorité des politiques économiques et sociales des Membres et, là où cela est approprié, de leurs plans visant à satisfaire les besoins essentiels de la population, et devrait faire partie intégrante de ces politiques et de ces plans ».



des politiques économiques menées par les Etats en faveur du plein emploi s'explique probablement par le fait que cette question a toujours été très sensible et fait l'objet de points de vue politiques divergents dans le cénacle des Nations-Unies. Pendant les Trente Glorieuses, alors qu'il régnait encore un consensus important autour des politiques macro-économiques keynésiennes de relance de la demande et d'expansion budgétaire dans les pays du Conseil de l'Europe, le bloc de l'Ouest et le bloc de l'Est s'affrontaient au sein du groupe ECOSOC quant aux politiques économiques à mettre en œuvre en vue de sécuriser le droit au travail<sup>26</sup>. A la chute du bloc de l'Est, le consensus autour des politiques keynésiennes s'était effrité au sein des Etats de l'Ouest. Leur efficacité était questionnée dans l'environnement international globalisé et face à l'apparition du chômage structurel<sup>27</sup>.

L'ensemble de la jurisprudence du Comité relative au contenu de la « politique active de l'emploi » porte donc sur la politique de l'emploi au sens strict. Dans l'observation générale n°18, le Comité précise le contenu des obligations de mise en œuvre qui découlent du droit au travail et délivre, dans ce cadre, des recommandations quant aux types de mesures et de politiques à développer en vue de poursuivre la réalisation du droit au travail. Parmi les obligations de mise en œuvre, il distingue les mesures qui doivent permettre d'« assurer l'exercice du droit au travail » et les mesures qui doivent « faciliter l'exercice du droit au travail ». Le Comité engage les Etats, afin d'« assurer l'exercice du droit au travail », à mettre en place des services de l'emploi, au niveau national et local<sup>28</sup>. En vue de « faciliter l'accès au travail », les Etats sont par ailleurs tenus de prendre « des mesures positives pour permettre aux individus de jouir du droit au travail et les aider à le faire, et appliquent des plans de formation technique et professionnelle facilitant l'accès à l'emploi »<sup>29</sup>.

**367.** *L'accent sur les « mesures ciblées de l'emploi »* - Le Comité porte une attention particulière au développement de mesures de l'emploi ciblées à destination de groupes

---

<sup>26</sup> A ce propos, voy. les échanges de vue entre les Etats du Bloc de l'Est et les Etats du Bloc de l'Ouest durant la première moitié des années 1980 au sein du groupe de travail composé de représentants gouvernementaux mandaté par le Conseil économique et social afin d'examiner les rapports nationaux sur l'application du Pacte. A titre exéplatif, nous référons aux documents suivants : Economic and Social Council, Sessional Working Group of Governmental Experts on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Summary Record of the 12th Meeting, E/1980/WG.1/SR.12, 23 avril 1980 ; Economic and Social Council, Sessional Working Group of Governmental Experts on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Summary Record of the 16th Meeting, E/1980/WG.1/SR.16, 28 avril 1980 ; Economic and Social Council, Sessional Working Group of Governmental Experts on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, *Summary Record of the 25th Meeting*, E/1986/WG.1/SR.25, 6 mai 1986 (pour rappel, le CDESC n'a été créé qu'en 1985 par le Conseil économique et social des Nations-Unies et ne s'a donc pas examiné l'application du droit au travail par les Etats parties dans un contexte de pré-globalisation).

<sup>27</sup> Un constat identique pouvait être fait au niveau de l'OIT. Les organes de l'OIT se bornaient en effet à indiquer que la politique économique et sociale des Etats devait avoir pour objectif le plein emploi productif et librement choisi, sans s'immiscer dans le choix des politiques à mener. Une préférence à l'égard des politiques de relance transparaît toutefois dans certains écrits des organes de l'OIT, notamment lorsque que la CEACR oppose la théorie keynésienne au cadre de pensée néo-libéral, la première étant considérée comme une voie de réalisation du plein emploi alors que le second reposerait sur l'acceptation d'un taux de chômage naturel élevé (C.E.A.C.R., O.I.T., Etude d'ensemble sur les instruments relatifs à l'emploi à la lumière de la Déclaration de 2008 sur la justice sociale pour une mondialisation équitable, Rapport III (Partie 1B), C.I.T., 99<sup>ème</sup> session, Genève, 2010, p. 132, §527).

<sup>28</sup> C.D.E.S.C., Observation générale n°18 relative au droit au travail, *op. cit.*, §26. Il insiste sur la nécessité de développer, en parallèle, un système d'indemnisation de la perte d'emploi.

<sup>29</sup> C.D.E.S.C., Observation générale n°18 relative au droit au travail, *op. cit.*, §27.

défavorisés dans l'accès à l'emploi. Dans l'observation générale sur le droit au travail, il est prévu que « les Etats parties sont tenus de *mettre en œuvre* (d'*assurer* l'exercice du droit au travail) lorsque des individus ou des groupes sont incapables, pour des raisons échappant à leur contrôle, d'exercer ce droit avec les moyens qui sont à leur disposition »<sup>30</sup>. Pour ce faire, le Comité leur impose de prendre « des mesures effectives augmentant les ressources allouées à la réduction du taux de chômage touchant en particulier les femmes ainsi que les personnes défavorisées et marginalisées »<sup>31</sup>.

Les mesures ciblées de l'emploi occupent également une place importante au niveau de l'OIT. La Convention n°122 dispose, en son article 1<sup>er</sup>, §2, c), que la politique de l'emploi menée par les Etats « devra tendre à garantir qu'il y aura libre choix de l'emploi et que chaque travailleur aura toutes possibilités d'acquérir les qualifications nécessaires pour occuper un emploi qui lui convienne et d'utiliser, dans cet emploi, ses qualifications ainsi que ses dons, quels que soient sa race, sa couleur, son sexe, sa religion, son opinion politique, son ascendance nationale ou son origine sociale ». La CEACR met en évidence que cette prescription implique non seulement que « nul ne saurait être contraint d'exercer une activité qu'il n'a pas choisie ou acceptée librement » mais que chacun doit en outre « avoir la possibilité d'acquérir des qualifications et d'utiliser ses propres dons et compétences sans subir la moindre discrimination »<sup>32</sup>. En ce sens, dans la troisième partie dédiée à l'emploi des jeunes et de groupes et personnes défavorisées de la Recommandation n°169 concernant la politique de l'emploi (dispositions complémentaires (1984), les Etats sont invités « à adopter des mesures pour répondre aux besoins de toutes les catégories de personnes qui ont fréquemment des difficultés à trouver un emploi durable ».

**368.** L'accent mis sur le développement des mesures ciblées ressort également des directives adoptées le 24 mars 2009 par le Comité pour l'élaboration des rapports étatiques<sup>33</sup>. L'essentiel des informations spécifiques à communiquer à propos de la réalisation de l'article 6 en faveur des personnes sans emploi<sup>34</sup> porte sur les mesures ciblées de l'emploi. Le Comité demande aux Etats de fournir les informations suivantes :

« a) L'impact des programmes d'emploi ciblés mis en place pour parvenir au plein emploi productif chez les personnes et les groupes considérés comme particulièrement défavorisés, notamment les femmes, les jeunes, les personnes âgées, les personnes handicapées et les minorités ethniques, dans les zones rurales et les zones urbaines déshéritées;

---

<sup>30</sup> C.D.E.S.C., Observation générale n°18 relative au droit au travail, *op. cit.*, §26.

<sup>31</sup> C.D.E.S.C., Observation générale n°18 relative au droit au travail, §26.

<sup>32</sup> C.E.A.C.R., Etude d'ensemble sur les instruments relatifs à l'emploi..., *op. cit.*, §48.

<sup>33</sup> C.D.E.S.C., Directives concernant les rapports spécifiques que les Etats doivent soumettre conformément aux articles 16 et 17 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Conseil économique et social, E/C.12/2008/2, 24 mars 2009.

<sup>34</sup> Les autres informations demandées sous l'article 6 concernent les mesures de protection des travailleurs de l'économie informelle (C.D.E.S.C., Directives concernant les rapports spécifiques que les Etats doivent soumettre conformément aux articles 16 et 17 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Conseil économique et social, E/C.12/2008/2, 24 mars 2009, §16) et la protection contre le licenciement abusif des personnes en emploi (§17).

b) L'impact des mesures adoptées pour faciliter le reclassement des travailleurs, en particulier des femmes et des chômeurs de longue durée, qui ont été licenciés à la suite de privatisations, de compressions d'effectifs et de la restructuration économique d'entreprises publiques ou privées »<sup>35</sup>.

Il demande également aux Etats d'« indiquer quels programmes de formation technique et professionnelle sont en place dans l'Etat partie et quel est leur impact sur la capacité des travailleurs, en particulier des personnes défavorisées et marginalisées, d'accéder au marché du travail ou d'y revenir »<sup>36</sup>.

**369.** Enfin, les observations finales du Comité sur les rapports étatiques sont presque exclusivement dédiées à cette question. Lorsqu'il examine la mise en œuvre de l'article 6 par les Etats parties, le Comité procède en deux temps. Il se penche d'abord sur les statistiques relatives au chômage, à l'emploi et au sous-emploi<sup>37</sup> et, le cas échéant, attire l'attention des Etats sur le taux préoccupant de chômage de certaines catégories de population : les femmes<sup>38</sup>, les jeunes<sup>39</sup>, les chômeurs de longue durée<sup>40</sup>, les handicapés<sup>41</sup>, les migrants<sup>42</sup>, les travailleurs âgés<sup>43</sup>, les Roms<sup>44</sup> ou d'autres minorités ethniques<sup>45</sup>. Il lui arrive

---

<sup>35</sup> C.D.E.S.C., Directives concernant les rapports spécifiques que les Etats doivent soumettre conformément aux articles 16 et 17 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Conseil économique et social, E/C.12/2008/2, 24 mars 2009, §15.

<sup>36</sup> C.D.E.S.C., Directives concernant les rapports spécifiques que les Etats doivent soumettre conformément aux articles 16 et 17 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Conseil économique et social, E/C.12/2008/2, 24 mars 2009, §18.

<sup>37</sup> Aux Etats pour lesquels il ne dispose pas de l'ensemble des données, il demande de transmettre les statistiques dans ces domaines en distinguant les différentes catégories défavorisées. Voy. à titre illustratif : C.D.E.S.C., Observations finales des quatrième et cinquième rapports périodiques du Royaume des Pays-Bas (plus particulièrement sur ce point à Aruba et dans les îles des anciennes Antilles néerlandaises), E/C.12/NLD/CO/4-5, 9 décembre 2010, §16.

<sup>38</sup> Voy. notamment : C.D.E.S.C., Observations finales sur le deuxième rapport périodique de la Serbie, E/C.12/SRB/CO/2, 10 juillet 2014, §16 ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de la Belgique, E/C.12/BEL/CO/4, 23 décembre 2013, §12.

<sup>39</sup> Voy. par exemple : C.D.E.S.C., Observations finales concernant le sixième rapport périodique de la Finlande, E/C.12/FIN/CO/6, 17 décembre 2014, §16 ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant le quatrième rapport périodique du Portugal, E/C.12/PRT/CO/4, 8 décembre 2014, §8 ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant le deuxième rapport périodique de la République tchèque, E/C.12/CZE/CO/2, 23 juin 2014, §12 ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de l'Autriche, E/C.12/AUT/CO/4, 13 décembre 2013, §16 ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de la Belgique, E/C.12/BEL/CO/4, 23 décembre 2013, §12.

<sup>40</sup> Voy. à titre illustratif : C.D.E.S.C., Observations finales concernant le sixième rapport périodique de la Finlande, E/C.12/FIN/CO/6, 17 décembre 2014, §16 ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant le rapport initial du Monténégro, E/C.12/MNE/CO/1, 15 décembre 2014, §12 ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant le quatrième rapport périodique du Portugal, E/C.12/PRT/CO/4, 8 décembre 2014, §8 ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de l'Autriche, E/C.12/AUT/CO/4, 13 décembre 2013, §16.

<sup>41</sup> Voy. not. : C.D.E.S.C., Observations finales concernant les troisième à cinquième rapports périodiques de la Roumanie, E/C.12/ROU/CO/3-5, 9 décembre 2014, §11 ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant le deuxième rapport périodique de la Slovaquie, E/C.12/SVN/CO/2, 15 décembre 2014, §16 ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de la Belgique, E/C.12/BEL/CO/4, 23 décembre 2013, §12 ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant le troisième rapport périodique de la Hongrie, E/C.12/HUN/CO/3, 16 janvier 2008, §12.

<sup>42</sup> Voy. par exemple : C.D.E.S.C., Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de la Belgique, E/C.12/BEL/CO/4, 23 décembre 2013, §12 (travailleurs migrants ressortissants de pays hors de l'Union européenne) ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant le cinquième rapport périodique du Danemark, E/C.12/DNK/CO/5, 6 juin 2013, §10 (immigrés venus de pays en développement) ; C.D.E.S.C.,

également de relever les différences importantes de taux de chômage entre différentes régions d'un même pays<sup>46</sup> et de se déclarer préoccupé face à des taux élevés de chômage dans des zones particulières, telles que les zones rurales<sup>47</sup>.

Afin de remédier à ces discriminations, il recommande, dans un second temps, aux Etats d'adopter *des mesures ciblées* utiles et efficaces afin de réduire le chômage des groupes défavorisés et marginalisés. Il fonde cette recommandation sur l'article 6 du Pacte, éventuellement combiné avec l'article 2, §2 (non-discrimination). Il se limite parfois à cette recommandation générale, éventuellement assortie d'un renvoi au texte de l'observation générale sur le droit au travail<sup>48</sup>. A titre exemplatif, le Comité a ainsi recommandé à la Slovénie, en 2014, « de prêter une attention particulière aux groupes spécialement exposés au chômage et, à cet effet, d'envisager d'adopter à la fois des mesures temporaires spéciales et des stratégies globales à long terme pour les protéger du chômage »<sup>49</sup>. Dans la plupart des cas, le Comité précise toutefois le type de mesures ciblées de l'emploi qu'il préconise afin d'« améliorer les possibilités d'emploi »<sup>50</sup> des catégories de populations touchées par un taux de chômage important<sup>51</sup>. La promotion des mesures ciblées de l'emploi fait écho à la

---

Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la Norvège, E/C.12/NOR/CO/5, 13 décembre 2013, §8.

<sup>43</sup> Voy. par exemple : C.D.E.S.C., Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de la Belgique, E/C.12/BEL/CO/4, 23 décembre 2013, §12 ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la Pologne, E/C.12/POL/CO/5, 2 décembre 2009, §16 ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant le troisième rapport périodique de la Belgique, E/C.12/BEL/CO/3, 4 janvier 2008, §30.

<sup>44</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant les troisième à cinquième rapports périodiques de la Roumanie, E/C.12/ROU/CO/3-5, 9 décembre 2014, §11 ; C.D.E.S.C., Observations finales sur le deuxième rapport périodique de la Serbie, E/C.12/SRB/CO/2, 10 juillet 2014, §17 ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant le troisième rapport périodique de la Hongrie, *op. cit.*, §11.

<sup>45</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant le deuxième rapport périodique de la Slovénie, E/C.12/SVN/CO/2, 15 décembre 2014, §16 ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant les quatrième et cinquième rapports périodiques du Royaume-Uni, E/C.12/GBR/CO/5, 12 juin 2009, §21.

<sup>46</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant le rapport initial du Monténégro, E/C.12/MNE/CO/1, 15 décembre 2014, §12 ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de la Belgique, E/C.12/BEL/CO/4, 23 décembre 2013, §12 ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant le rapport initial de la Lettonie, 7 janvier 2008, §14 ; C.D.E.S.C., Observations finales relatives au quatrième rapport périodique de l'Allemagne, E/C.12/1/Add.68, 24 septembre 2001, §17.

<sup>47</sup> C.D.E.S.C., Observations finales sur le deuxième rapport périodique de la Serbie, E/C.12/SRB/CO/2, 10 juillet 2014, §17 ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant le cinquième rapport de l'Allemagne, E/C.12/DEU/CO/5, 12 juillet 2011, §14.

<sup>48</sup> Voy. not. : C.D.E.S.C., Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de la Belgique, E/C.12/BEL/CO/4, 23 décembre 2013, §12 ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant les quatrième et cinquième rapports périodiques du Royaume-Uni, E/C.12/GBR/CO/5, 12 juin 2009, §§20 et 21 ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la Pologne, 43<sup>ème</sup> sess., E/C.12/POL/CO/5, 2 décembre 2009, §16 ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant le quatrième rapport périodique du Danemark, E/C.12/Add.102, 14 décembre 2004, §26 ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant le deuxième rapport périodique de la Nouvelle-Zélande, E/C.12/1/Add.88, 26 juin 2003, §24 ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant le troisième rapport périodique du Luxembourg, *op. cit.*, p. 31.

<sup>49</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant le deuxième rapport périodique de la Slovénie, E/C.12/SVN/CO/2, 15 décembre 2014, §16 a).

<sup>50</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant le troisième rapport périodique de la Belgique, E/C.12/BEL/CO/3, 4 janvier 2008, §30 ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant le troisième rapport périodique de la France, E/C.12/FRA/CO/3, 9 juin 2008, §15.

<sup>51</sup> Au-delà des préoccupations et des recommandations exprimées, le Comité adresse également des félicitations aux Etats qui développent ce type de mesures. Dans ses observations finales de 1996 relatives au troisième rapport périodique de la Finlande, le Comité a ainsi déclaré qu'il « se félicit(ait) (...) des politiques et

conception senienne du droit au travail, suivant laquelle la liberté dans sa dimension de possibilité dépend des ressources octroyées mais également de facteurs de conversion individuels (âge, sexe, compétences, qualifications professionnelles, savoir-être,...) et sociaux (contexte économique) qui permettront aux individus ou non d'avoir concrètement la possibilité d'accéder à un emploi librement choisi. Les mesures ciblées entendent améliorer les possibilités réelles des catégories de chômeurs défavorisées à accéder un emploi de leur choix, en agissant sur les ressources et les facteurs de conversion. Nous dressons ci-dessous un panorama des différentes mesures ciblées promues par le Comité à travers ses observations finales depuis le début des années 1990 (mesures actives du marché du travail, services sociaux, mesures fiscales agissant sur la demande de travail et mesures spéciales temporaires telles que les quotas).

**370. Les mesures actives du marché du travail** - Tout d'abord, le Comité recommande aux Etats de développer des mesures d'orientation ou de formation professionnelle à l'égard des groupes défavorisés et marginalisés (chômeurs de longue durée<sup>52</sup>, jeunes<sup>53</sup>, Roms<sup>54</sup>, travailleurs issus de zones rurales ou défavorisées<sup>55</sup>) « afin de renforcer leur position sur le marché du travail »<sup>56</sup>. Il s'agit des mesures actives typiques agissant sur l'offre du travail (sur la notion de mesures actives du marché du travail et la distinction selon qu'elles agissent sur l'offre ou sur la demande de travail, cf. *supra*, n°192 et 234-235). Suivant la terminologie de Sen, les compétences, les qualifications professionnelles et la définition d'un projet professionnel sont considérées par le CDESC comme des facteurs de conversion importants en vue de sécuriser le droit-capacité au travail. En faveur des chômeurs de longue durée, le Comité a non seulement recommandé à la Norvège d'« améliorer l'efficacité des programmes en matière d'orientation professionnelle, de recyclage » mais il lui a également conseillé de

---

programmes adoptés par le gouvernement pour créer de nouveaux emplois et pour aider les chômeurs à trouver ou retrouver un emploi, grâce à des programmes de formation professionnelle, notamment à des programmes visant les jeunes » (C.D.E.S.C., Observations finales concernant le troisième rapport périodique de la Finlande, Conseil économique et social, Genève, 51<sup>ème</sup> séance, E/C.12/1/Add.8, 5 décembre 1996, §5).

<sup>52</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant le quatrième rapport périodique du Portugal, E/C.12/PRT/CO/4, 8 décembre 2014, §8 ; C.D.E.S.C., C.D.E.S.C., Observations finales concernant les troisième à cinquième rapports périodiques de la Roumanie, E/C.12/ROU/CO/3-5, 9 décembre 2014, §11, a) ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant le deuxième rapport périodique de la Belgique, E/C.12/1/Add.54, 1<sup>er</sup> décembre 2000, §24.

<sup>53</sup> Observations finales concernant le quatrième rapport périodique du Portugal, E/C.12/PRT/CO/4, 8 décembre 2014, §8 ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de l'Autriche, E/C.12/AUT/CO/4, 13 décembre 2013, §15 (poursuivre ses efforts pour « améliorer, diversifier et accroître les activités d'apprentissage et de formation professionnelles offertes ») ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant le deuxième rapport périodique de la Belgique, *op. cit.*, §24.

<sup>54</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant les troisième à cinquième rapports périodiques de la Roumanie, E/C.12/ROU/CO/3-5, 9 décembre 2014, §11, d) ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant le troisième rapport périodique de la Hongrie, E/C.12/HUN/CO/3, 16 janvier 2008, §34.

<sup>55</sup> C.D.E.S.C., Observation finales concernant les deuxième et troisième rapports périodiques de l'Arménie, E/C.12/ARM/CO/2-3, 16 juillet 2014, §14 ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant le cinquième rapport de l'Allemagne, E/C.12/DEU/CO/5, 12 juillet 2011, §14.

<sup>56</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant les troisième à cinquième rapports périodiques de la Roumanie, E/C.12/ROU/CO/3-5, 9 décembre 2014, §11 a).

développer « de nouveaux programmes plus efficaces » parmi lesquels « le placement direct assorti d'un soutien individuel »<sup>57</sup>.

Le Comité encourage également le développement de mesures actives du marché du travail agissant non seulement sur l'offre de travail mais également sur la demande de travail. Ce faisant, le Comité entend agir sur le droit-capacité au travail, par l'augmentation des opportunités d'emploi. A titre illustratif, il soutient les plans de garantie pour les jeunes adoptés par les Etats membres de l'Union européenne. Dans ses observations finales de 2014, le Comité a ainsi exprimé son soutien à l'égard de la garantie des droits des jeunes mise en œuvre en Finlande<sup>58</sup>. Il a par ailleurs recommandé au Portugal de veiller à la mise en œuvre de son plan de garantie pour la jeunesse et de développer des programmes d'emploi en faveur des jeunes<sup>59</sup>. Afin de lutter plus contre les hauts taux de chômage dans les zones industrielles sinistrées ou dans les zones rurales, le Comité recommande aux Etats de développer « des possibilités de reconversion professionnelle »<sup>60</sup> ou « des initiatives locales en matière d'emploi »<sup>61</sup>, « visant notamment à stimuler le développement rural »<sup>62</sup> ou encore « des prêts pour promouvoir l'entrepreneuriat »<sup>63</sup>.

**371. *Le développement de services sociaux*** – Dans le champ de la politique active de l'emploi, le Comité encourage par ailleurs les Etats à accroître les offres de services sociaux (il s'agit de ressources suivant la typologie de Sen), et plus particulièrement les systèmes de garde d'enfants. Cette dernière mesure s'inscrit essentiellement dans la lutte contre le chômage des femmes. A titre exemplatif, le Comité a ainsi recommandé au Canada, en 2006, « de prendre en considération le droit des femmes au travail et la nécessité pour les parents de parvenir à un équilibre entre le travail et la vie de famille et de les aider à assumer leurs choix en mettant en place des services de garde d'enfants appropriés »<sup>64</sup>.

**372. *Les mesures fiscales agissant sur la demande de travail*** – Parmi les mesures ciblées promues par le Comité, ne figurent pas uniquement des mesures relevant du champ de la politique active de l'emploi. Dans ses observations finales relatives à l'application de l'article

---

<sup>57</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la Norvège, Conseil économique et social, E/C.12/NOR/CO/5, 13 décembre 2013, §8.

<sup>58</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant le sixième rapport périodique de la Finlande, E/C.12/FIN/CO/6, 17 décembre 2014, §16.

<sup>59</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant le quatrième rapport périodique du Portugal, E/C.12/PRT/CO/4, 8 décembre 2014, §8.

<sup>60</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant le rapport initial du Monténégro, E/C.12/MNE/CO/1, 15 décembre 2014, §12.

<sup>61</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant le rapport initial du Monténégro, E/C.12/MNE/CO/1, 15 décembre 2014, §12 ; C.D.E.S.C., Observations finales sur le deuxième rapport périodique de la Serbie, E/C.12/SRB/CO/2, 10 juillet 2014, §17.

<sup>62</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant le rapport initial de la Lettonie, *op. cit.*, §40.

<sup>63</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant le rapport initial du Monténégro, E/C.12/MNE/CO/1, 15 décembre 2014, §12.

<sup>64</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant le cinquième rapport périodique du Canada, E/C.12/CAN/CO/5, 22 mai 2006, §46. Voy. également : C.D.E.S.C., Observations finales concernant le deuxième rapport périodique de la République tchèque, E/C.12/CZE/CO/2, 23 juin 2014, §11 ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de l'Autriche, E/C.12/AUT/CO/4, 13 décembre 2013, §15 ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant les troisième à cinquième rapports périodiques de la Roumanie, E/C.12/ROU/CO/3-5, 9 décembre 2014, §10 ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant le cinquième rapport de l'Allemagne, E/C.12/DEU/CO/5, 12 juillet 2011, §16.

6, le Comité encourage également les Etats à développer des mesures fiscales afin d'encourager les employeurs à engager les catégories de population défavorisées. Il invite les Etats à développer des incitations fiscales et des réductions de cotisations sociales afin de stimuler la demande de travail des jeunes<sup>65</sup>, des personnes handicapées<sup>66</sup>, des travailleurs âgés<sup>67</sup>, des résidents étrangers<sup>68</sup>, les Roms<sup>69</sup> ou encore de travailleurs issus de zones rurales<sup>70</sup>. Ces mesures doivent augmenter la liberté dans sa dimension de possibilité des catégories de population défavorisées, par le développement des opportunités d'emploi. Le Comité recommande généralement aux Etats d'adopter une approche combinant ces mesures à des mesures actives du marché du travail afin de progresser dans la réalisation du droit au travail des catégories défavorisées. Il a par exemple encouragé la France, en 2008, « à intensifier ses efforts pour promouvoir les possibilités d'emploi des jeunes, en particulier en faveur de ceux qui n'ont pas de qualification professionnelle et ceux qui vivent dans des zones urbaines sensibles (ZUS), grâce à des mesures ciblées, notamment des possibilités de formation et d'orientation professionnelle et des mesures fiscales en faveur des entreprises qui embauchent des jeunes »<sup>71</sup>.

Le Comité promeut donc le développement par les Etats de mesures fiscales ciblées afin de stimuler la demande de travail en faveur de certaines catégories de personnes défavorisées dans l'accès à l'emploi. L'analyse détaillée des observations finales révèle qu'*a contrario*, le Comité ne consacre aucun développement dans sa jurisprudence aux mesures fiscales qui agissent sur l'offre de travail, telles que les crédits d'impôt ou les bonus à l'emploi (à ce sujet, cf. *supra*, n°217).

**373.** *Les mesures spéciales temporaires telles que les quotas* - Le Comité franchit un pas supplémentaire dans la lutte contre les discriminations auxquelles font face les personnes handicapées dans l'accès à l'emploi. Il ne se limite pas à encourager les Etats à stimuler la demande de travail via des incitations fiscales. Il recommande aux Etats d'adopter une législation qui fixe des quotas pour les emplois en faveur des personnes handicapées, dans les

---

<sup>65</sup> C.D.E.S.C., C.D.E.S.C., Observations finales concernant les troisième à cinquième rapports périodiques de la Roumanie, E/C.12/ROU/CO/3-5, 9 décembre 2014, §11, b) ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant le troisième rapport périodique de la Belgique, E/C.12/BEL/CO/3, 4 janvier 2008, §30.

<sup>66</sup> C.D.E.S.C., C.D.E.S.C., Observations finales concernant les troisième à cinquième rapports périodiques de la Roumanie, E/C.12/ROU/CO/3-5, 9 décembre 2014, §11, b).

<sup>67</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant le troisième rapport périodique de la Belgique, E/C.12/BEL/CO/3, 4 janvier 2008, §30.

<sup>68</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant le troisième rapport périodique de la Belgique, E/C.12/BEL/CO/3, 4 janvier 2008, §30.

<sup>69</sup> C.D.E.S.C., Observations finales sur le troisième rapport périodique de la Hongrie, E/C.12/HUN/CO/3, 16 janvier 2008, §34.

<sup>70</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant le rapport initial du Monténégro, E/C.12/MNE/CO/1, 15 décembre 2014, §12 ; C.D.E.S.C., Observations finales sur le deuxième rapport périodique de la Serbie, E/C.12/SRB/CO/2, 10 juillet 2014, §17 ;

<sup>71</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant le troisième rapport périodique de la France, Conseil économique et social, Genève, 40<sup>ème</sup> session, E/C.12/FRA/CO/3, 9 juin 2008, §35. Voy. également : C.D.E.S.C., Observations finales sur le deuxième rapport périodique de la Serbie, E/C.12/SRB/CO/2, 10 juillet 2014, §17 ; C.D.E.S.C., Observations finales sur le troisième rapport périodique de la Belgique, E/C.12/BEL/CO/3, 4 janvier 2008, §30.

secteurs public et/ou privé<sup>72</sup> (droits-contraintes qui visent à agir sur les facteurs de conversion sociaux). Aux Etats qui disposent déjà d'une telle réglementation, il recommande de veiller à une application efficace du système de quotas<sup>73</sup>, en établissant par exemple des sanctions dissuasives à l'égard des employeurs qui ne respectent pas les règles<sup>74</sup> ou encore en établissant un mécanisme de recours<sup>75</sup>. Le Comité encourage par ailleurs les Etats à envisager d'augmenter les quotas d'embauche de personnes handicapées<sup>76</sup>. Plus généralement, le Comité recommande de modifier la législation nationale du travail afin d'introduire une obligation aux employeurs de procéder aux aménagements raisonnables requis<sup>77</sup>. Dans ses recommandations relatives à la lutte contre le chômage des handicapés, le Comité fait parfois référence à l'Observation générale n°5 sur les personnes souffrant d'un handicap (1994)<sup>78</sup>.

Afin d'augmenter les possibilités d'emplois des femmes, le Comité encourage également les Etats à mettre en place des mesures spéciales temporaires de quotas en leur faveur et à veiller à leur application effective, plus spécifiquement sur les listes électorales et pour la fonction publique<sup>79</sup>. Ces recommandations sont rendues la plupart du temps sur base de l'article 6 combiné avec l'article 3<sup>80</sup>. Ce dernier article protège l'égalité des sexes dans la jouissance des droits énoncés dans le Pacte<sup>81</sup>. Développant une vision globale de la lutte contre le chômage des femmes, soulignons que le Comité a recommandé à la Serbie « de procéder à une réforme complète de la législation afin (...) de rendre les femmes plus autonomes grâce à des politiques de l'emploi intégrant une politique de genre qui visent à favoriser l'embauche de femmes dans les professions non traditionnelles, à accroître leur accès à la formation professionnelle et à l'enseignement technique (...) ; d'analyser les facteurs qui déterminent

<sup>72</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant le sixième rapport périodique de la Finlande, E/C.12/FIN/CO/6, 17 décembre 2014, §13, C.D.E.S.C., Observations finales concernant le rapport initial de la Lettonie, *op. cit.*, §41.

<sup>73</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant le deuxième rapport périodique de la Slovaquie, E/C.12/SVN/CO/2, 15 décembre 2014, §16, b) ; voy. également : C.D.E.S.C., Observations finales concernant le troisième rapport périodique de la France, E/C.12/FRA/CO/3, 9 juin 2008, §38.

<sup>74</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant les troisième à cinquième rapports périodiques de la Roumanie, E/C.12/ROU/CO/3-5, 9 décembre 2014, §11, c).

<sup>75</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant le deuxième rapport périodique de la Chine, E/C.12/CHN/CO/2, 13 juin 2014, §18.

<sup>76</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant le deuxième rapport périodique de la Slovaquie, E/C.12/SVN/CO/2, 15 décembre 2014, §16, b).

<sup>77</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant le cinquième rapport du Danemark, E/C.12/DNK/CO/5, 6 juin 2013, §10.

<sup>78</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant les quatrième et cinquième rapports périodiques du Royaume-Uni, E/C.12/GBR/CO/5, 12 juin 2009, §20 ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la Pologne, *op. cit.*, §16.

<sup>79</sup> En 2014, il a ainsi recommandé à la Roumanie d'adopter « des mesures spéciales temporaires, telles que des quotas, pour les candidates aux élections et à des postes publics, afin de promouvoir l'égalité des sexes » (C.D.E.S.C., Observations finales concernant les troisième à cinquième rapports périodiques de la Roumanie, E/C.12/ROU/CO/3-5, 9 décembre 2014, §10). Il a par ailleurs recommandé à la Serbie de veiller à ce que les lois sur les quotas soient effectivement mises en œuvre (C.D.E.S.C., Observations finales sur le deuxième rapport périodique de la Serbie, E/C.12/SRB/CO/2, 10 juillet 2014, §16, c)).

<sup>80</sup> C.D.E.S.C., Observations finales sur le deuxième rapport périodique de la Serbie, E/C.12/SRB/CO/2, 10 juillet 2014, §16 ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant les troisième à cinquième rapports périodiques de la Roumanie, E/C.12/ROU/CO/3-5, 9 décembre 2014, §10 ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de l'Autriche, E/C.12/AUT/CO/4, 13 décembre 2013, §15.

<sup>81</sup> L'article 3 du Pacte dispose plus précisément que « les Etats parties au présent Pacte s'engagent à assurer le droit égal qu'ont l'homme et la femme au bénéfice de tous les droits économiques, sociaux et culturels qui sont énumérés dans le présent Pacte ».



l'entrée et le maintien des femmes sur le marché du travail, y compris dans le secteur informel, et de prendre des mesures pour en finir avec les perceptions sociales du rôle traditionnel des femmes et les préjugés, y compris en ce qui concerne l'emploi »<sup>82</sup>.

**374.** La promotion des mesures d'activation qui augmentent les droits, les services ou les opportunités liés au travail au bénéfice des personnes sans emploi – En comparant les mesures ciblées promues par le CDESC au tableau qui répertorie les mesures d'activation des personnes sans emploi selon le champ politique dans lequel elles sont mises en œuvre (tableau élaboré dans le titre 1 et repris ci-dessous), nous pouvons conclure que le Comité promeut le développement des mesures d'activation qui sont mises en œuvre dans le champ de la politique active de l'emploi (encadré dans le tableau, ci-dessous). Il engage les Etats à mettre en œuvre des politiques actives du marché du travail ainsi qu'à développer les services sociaux. A travers sa jurisprudence relative à la mise en œuvre du droit au travail, le Comité encourage également le développement de mesures parafiscales ciblées visant à agir sur la demande de travail, au bénéfice de catégories de chômeurs défavorisées dans l'accès à l'emploi. Le Comité ne promeut par contre ni le développement de mesures d'activation des personnes sans emploi dans le champ de la sécurité sociale, ni le développement de mesures fiscales/parafiscales visant à agir sur l'offre de travail.

---

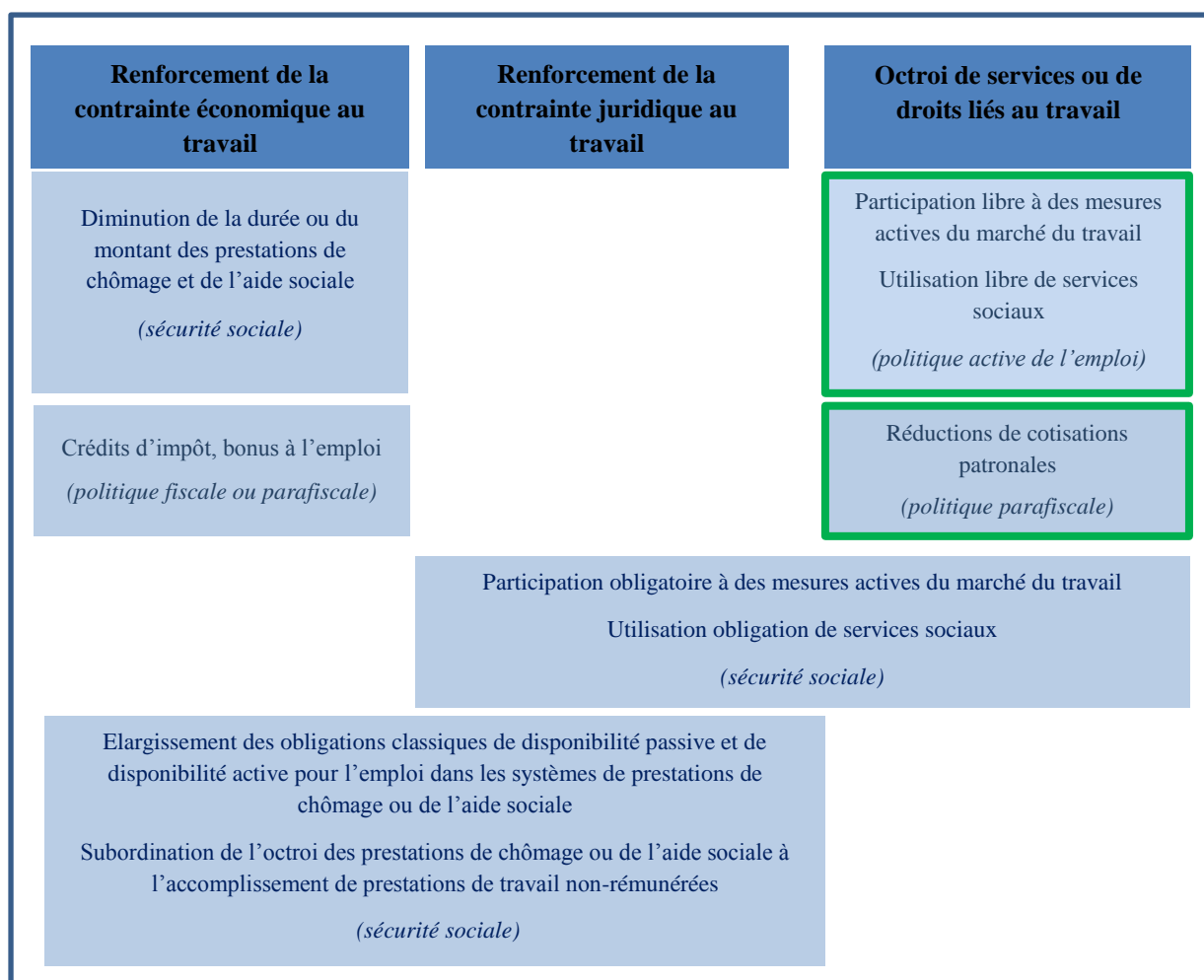
<sup>82</sup> C.D.E.S.C., Observations finales sur le deuxième rapport périodique de la Serbie, E/C.12/SRB/CO/2, 10 juillet 2014, §16, a) et b).

**Encadré 32 – Promotion par le CDESC des mesures d'activation mises en œuvre dans le champ de la politique active de l'emploi**

Politique active de l'emploi	Sécurité sociale (prestations de chômage et assistance sociale)	Politique fiscale ou parafiscale
<p><i>Mesures actives du marché du travail</i></p> <p><u>Action sur l'offre de travail :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Assistance à la recherche d'emploi et placement</li> <li>- Orientation et formation professionnelles</li> <li>- Stages professionnels</li> </ul> <p><u>Action sur la demande de travail :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Création directe d'emplois dans le secteur public</li> <li>- Subventions à l'emploi dans le secteur privé</li> <li>- Promotion des petites et moyennes entreprises</li> <li>- Mécanismes d'aide au travail indépendant et autonome</li> </ul> <p><u>Services sociaux (action sur l'offre de travail uniquement)</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Suivi et support personnalisé</li> <li>- Assistance psychologique et sociale</li> <li>- Systèmes de gardes d'enfants,...</li> </ul>	<p><i>Renforcement des obligations liées au travail</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Renforcement de l'obligation de disponibilité pour l'emploi (élargissement ou suppression de la notion d'emploi convenable, obligations accrues en matière de recherche active d'emploi,...)</li> <li>- Participation obligatoire à une mesure active du marché du travail</li> <li>- Subordination de l'octroi des prestations à l'accomplissement de prestations de travail non-rémunérées</li> </ul> <p><i>Diminution de la hauteur des prestations ou de leur durée d'octroi</i></p>	<p><u>Action sur l'offre de travail :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Crédits d'impôt</li> <li>- Réductions de cotisations sociales personnelles,</li> <li>- Bonus fiscaux à l'emploi,...</li> </ul> <p><u>Action sur la demande de travail :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Réductions du coût du travail</li> </ul> <p>Réductions de cotisations sociales patronales</p>

Cet ensemble de mesures correspond à l'une des trois dimensions de l'activation des personnes sans emploi identifiées dans le premier titre de la recherche. Il s'agit des mesures qui activent les personnes sans emploi par le développement de droits et/ou de services liés au travail (cf. *supra*, 231-237) (encadré dans le tableau, ci-dessous). Il ressort par ailleurs de l'examen attentif de la jurisprudence du Comité que ce dernier ne promeut pas les deux autres dimensions de l'activation. Dans aucun passage de ses observations finales, il ne recommande le développement de mesures renforçant la contrainte économique ou la contrainte juridique au travail en vue de favoriser les transitions vers l'emploi des personnes bénéficiaires de prestations de chômage ou de l'assistance sociale.

**Encadré 33 - Promotion par le CDESC des mesures d'activation augmentant les droits, les services ou les opportunités liés au travail au bénéfice des personnes sans emploi**



c. Actualisation ou statu quo des exigences qui découlent du droit au travail ?

**375.** L'article 6, §2 énumère des mesures que les Etats doivent prendre en vue d'assurer l'exercice du droit au travail. Pour rappel, à défaut d'avoir obtenu que le droit au travail soit « garanti », les pays du Bloc de l'Ouest s'étaient mobilisés, lors des travaux préparatoires, afin que le Pacte oblige les Etats à prendre des mesures appropriées pour sauvegarder ce droit » (droit-créance - obligations juridiques positives). Parmi ces mesures, sont explicitement citées l'orientation et la formation professionnelles, lesquelles sont des mesures centrales de la variante de l'activation passant par le développement de droits, les services ou les opportunités liés au travail.

De manière plus générale, les mesures adoptées par les Etats pour réaliser le droit au travail doivent s'inscrire dans une logique d'investissement public en faveur de l'emploi. Conformément à l'article 2, les obligations positives découlant des droits reconnus dans le Pacte impliquent que les Etats s'engagent « au maximum de (leurs) ressources disponibles » en vue de réaliser progressivement les droits. Outre les mesures d'orientation et de formation professionnelle, l'ensemble des mesures actives du marché du travail, qu'elles agissent sur

l'offre ou la demande de travail, ainsi que les services sociaux offerts aux personnes sans emploi rentrent parfaitement dans cette logique. Les mesures de réduction de cotisations sociales patronales engagent par ailleurs indirectement l'Etat puisqu'elles entraînent une diminution de ses recettes. Le développement de mesures d'activation augmentant les droits, les services ou les opportunités liés au travail implique l'exposition de dépenses par les Etats en vue d'aider les personnes sans emploi à trouver du travail.

On relèvera toutefois que certaines des mesures relevant des deux autres variantes de l'activation impliquent également des dépenses publiques dans le chef de l'Etat, ou à tout le moins, l'acceptation d'une diminution de ses rentrées financières. A titre illustratif, la mise en place de programmes de travail obligatoire à destination des personnes bénéficiaires de prestation de chômage ou de l'assistance sociale (qui est une mesure qui active les individus par le renforcement de la contrainte juridique et de la contrainte économique au travail) engendre des dépenses publiques importantes. Le développement de mesures fiscales qui accroissent la contrainte économique au travail, telles que les bonus à l'emploi, entraînent quant à elles une diminution des recettes de l'Etat.

Le Comité n'encourage toutefois pas le développement de ces mesures. Les mesures d'activation qui relèvent du champ de la politique active de l'emploi rentrent dans les catégories intellectuelles du modèle réformiste d'après-guerre de réalisation du droit au travail. Pour rappel, suivant cette conception politique, le droit au travail, dans sa dimension de créance, est réalisé par la mise en œuvre de politiques macro-économiques keynésiennes ainsi que par l'adoption de mesures dans le champ de la politique active de l'emploi. Concernant ce second volet, la lutte contre le chômage frictionnel et contre le chômage conjoncturel passait à l'époque par la mise en place de services de placement, le développement de mesures d'orientation et de formation professionnelle (mesures actives agissant sur l'offre de travail) ainsi que par le déploiement de programmes d'emploi dans les phases d'ajustement de l'économie (mesures actives agissant sur la demande de travail)<sup>83</sup>. Nous avons vu que la conception réformiste du droit au travail incluait dès lors un deuxième droit supplétif au droit au travail (le premier étant, pour rappel, le droit à l'indemnisation du chômage). Il s'agit du droit de recevoir de l'aide afin d'accéder à l'emploi, demeuré certes à l'état embryonnaire pendant les Trente Glorieuses. Il semble que le Comité appréhende le phénomène de l'activation des personnes sans emploi à travers les catégories intellectuelles de la conception réformiste du droit au travail et promeuvent dès lors les mesures d'activation qui relèvent du champ de la politique active du marché du travail, qui dans sa conception, est le champ politique dans lequel le droit au travail dans sa dimension de créance, est appelé à être réalisé.

**376.** Nous avons par ailleurs mis en évidence que l'attention du Comité se concentre sur les mesures ciblées, c'est-à-dire les mesures qui visent à augmenter les possibilités d'emploi d'une catégorie de population défavorisée ou marginalisée par le développement de droits et/ou de services liés au travail à leur bénéfice. Cette emphase traduit à notre sens la centralité

---

<sup>83</sup> Ce modèle trouve écho dans les instruments de l'OIT, plus particulièrement dans la Convention n°122 sur la politique de l'emploi (1964), la Convention n°88 sur le service de l'emploi (1988) et la Convention n°142 sur la mise en valeur des ressources humaines (1975) (cf. *supra*, Encadré 10).

des principes de non-discrimination et d'égalité dans le Pacte. Pour rappel, l'article 2, §2 du Pacte dispose que « (l)es Etats parties au présent Pacte s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ». Il est en outre fait une large place au principe d'égalité dans le préambule, dans lequel des « droits égaux » sont reconnus aux membres de la famille humaine. Et c'est bien l'égalité qui est visée puisqu'il est ensuite indiqué qu'il convient de créer « des conditions permettant à chacun de jouir de ses droits économiques, sociaux et culturels ». C'est au regard de ces principes et en vue de lutter contre les inégalités dans l'accès à l'emploi que le Comité préconise le développement de mesures actives du marché du travail ciblées sur les catégories de population défavorisée. Le Comité combine d'ailleurs parfois l'article 6 (droit au travail) et l'article 2, §2 (droit à la non-discrimination) pour effectuer ce type de recommandations<sup>84</sup>.

**377.** Il apparaît donc que la promotion des mesures d'activation qui développent les droits ou services liés au travail au bénéfice des personnes sans emploi ou de certaines catégories défavorisées de personnes sans emploi s'inscrit dans le prolongement du texte du Pacte. Ces mesures rentrent par ailleurs dans les catégories intellectuelles du modèle réformiste d'après-guerre de réalisation du droit au travail. Doit-on pour autant conclure à un *statu quo* des exigences qui découlent du droit au travail ? Le Comité a-t-il, au contraire, progressivement précisé le droit embryonnaire de recevoir de l'aide pour obtenir un emploi afin de l'adapter au nouveau contexte socio-économique ?

**378.** A travers sa jurisprudence, le Comité lie la promotion des mesures ciblées de l'emploi aux transformations de l'environnement économique et international. Il insiste sur le développement de programmes d'emploi ciblés à destination des publics qui subissent les conséquences de la globalisation ainsi que l'organisation de formations professionnelles adaptées aux besoins du marché du travail. En 2002, par exemple, le Comité « prie instamment » la Pologne « d'intensifier ses efforts pour mettre en œuvre des plans d'action nationaux visant à assurer l'adaptation de la main-d'œuvre à l'évolution du marché du travail et à fournir d'autres sources de revenu aux travailleurs touchés par les programmes de restructuration, en particulier dans l'industrie lourde et le secteur agricole »<sup>85</sup>. Dans les directives générales révisées, il demande aux Etats de préciser les mesures « pour faciliter le reclassement des travailleurs, en particulier des femmes et des chômeurs de longue durée, qui ont été licenciés à la suite de privatisations, de compressions d'effectifs et de la restructuration économique d'entreprises publiques ou privées » et de communiquer les résultats des différentes mesures<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> C.D.E.S.C., Observations conclusives sur le troisième rapport périodique de la Nouvelle Zélande, E/C.12/NZL/CO/3, §15 ; C.D.E.S.C., Observations conclusives sur le quatrième rapport périodique de la Belgique, E/C.12/BEL/CO/4, 23 décembre 2013, §12.

<sup>85</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de la Pologne, E/C.12/1/Add.82, 19 décembre 2002, §38. Voy. également C.D.E.S.C., Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de l'Allemagne, E/C.12/1/Add.68, 24 septembre 2001, §18.

<sup>86</sup> C.D.E.S.C., Directives concernant les rapports spécifiques que les Etats doivent soumettre conformément aux articles 16 et 17 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, *op. cit.*, §15.

Dans le choix du vocabulaire employé, les préoccupations du Comité se font par ailleurs plus marquées et ses recommandations plus pressantes. Cependant, le Comité n'affine pas progressivement ses exigences au regard des évolutions du contexte socio-économique et des retours qu'il reçoit des expériences nationales. Face au constat de taux de chômage importants pour certaines catégories de travailleurs, le contenu de sa recommandation, au-delà de la forme qu'il revêt, demeure identique : engager des dépenses publiques en vue de développer des mesures ciblées au bénéfice de ces catégories de population particulièrement touchées par le chômage. Nous avons pourtant vu dans le premier titre que certains Etats vont plus loin afin de faire face aux nouveaux défis ; et tendent progressivement à transformer l'obligation générale d'effectuer des dépenses en matière de politique active de l'emploi (obligation de moyens) en un véritable droit individuel à une mesure active de l'emploi (obligation de résultat) (à ce sujet, cf. *supra*, n°234).

Dans l'observation générale sur le droit au travail, le Comité a, à tout le moins, indiqué que « comme pour tous les autres droits énoncés dans le pacte, tout laisse supposer que l'adoption de mesures rétrogrades concernant le droit au travail n'est pas autorisée ». Son attitude demeure toutefois extrêmement réservée. Parmi les exemples de mesures rétrogrades, il ne vise pas la diminution du niveau de dépenses allouées à la politique active de l'emploi. Il vise uniquement « le déni d'accès à l'emploi à certains individus ou groupes », dans la législation ou en pratique. Dans son exemple, pour constituer un manquement à l'obligation de respecter le droit au travail, la baisse des dépenses doit donc répondre à deux exigences : elle doit toucher spécifiquement une catégorie de population défavorisée dans l'accès à l'emploi (exigence en lien avec le caractère fondamental de l'obligation d'assurer la non-discrimination et l'égle protection de l'emploi) ; elle ne doit en outre pas seulement les fragiliser dans l'accès à l'emploi, mais avoir pour conséquence de rendre impossible leur accès à l'emploi. Dans le même sens, le Comité mentionne, dans les manquements à l'obligation de mettre en œuvre le droit au travail, le fait de ne pas exposer suffisamment de dépenses publiques ou de mal les répartir « de telle sorte qu'il sera impossible à certains individus ou certains groupes d'exercer leur droit au travail, tout particulièrement ceux qui sont défavorisés et marginalisés ».

Concrètement, dans ses observations finales, même à l'égard de catégories de population défavorisées, le Comité se borne à encourager le développement des mesures ciblées de l'emploi. Il ne se penche ni sur la hauteur, ni sur l'évolution globale des dépenses exposées par les Etats dans ce cadre. En comparaison, le Comité européen des droits sociaux se penche sur le niveau de dépenses des mesures actives engagées par les Etats parties à la Charte, en pourcentage de leur PIB. Il vérifie l'évolution globale de ces dépenses dans le temps, à l'intérieur des Etats et les compare à la moyenne européenne (à ce sujet, cf. *infra*, n°387).

Nous verrons, dans la deuxième section, que le CDESC engage les Etats à mettre en place des procédures internes d'évaluation de l'efficacité des politiques menées en faveur de l'emploi (cf. *infra*, n°406-415). Dans ce cadre, les Etats sont invités à développer des indicateurs et le Comité les réfère aux indicateurs de l'OIT, tels que le taux de chômage, le taux de sous-emploi et le rapport entre travail déclaré et travail non-déclaré. Il s'agit uniquement d'indicateurs de résultat. Le Comité ne mentionne pas d'indicateurs d'efforts qui porteraient

sur le niveau général de dépenses engagé en faveur de l'emploi, voire sur le niveau particulier d'investissement effectué dans un type déterminé de mesures. Nous verrons dans le paragraphe suivant que le CEDS s'est, au contraire, engagé dans ce type de démarche.

Soulignons tout de même que, dans les directives générales relatives à l'établissement des rapports nationaux, le Comité demande aux Etats, pour chacun des droits reconnus dans le Pacte, de communiquer les informations sur les procédures d'évaluations mises en place et les indicateurs retenus. Dans ce document, il ne réfère pas les Etats aux indicateurs de l'OIT mais il leur demande de tenir compte des listes d'exemples d'indicateurs présentées par le Haut-Commissariat des Nations-Unies<sup>87</sup>. Ce dernier identifie trois catégories d'indicateurs : les indicateurs structurels, les indicateurs de processus et les indicateurs de résultat. Dans la seconde catégorie, sont inclus des indicateurs d'efforts tels que, pour le droit au travail, « la proportion de la population cible qui a bénéficié d'un soutien effectif pour entrer (ou entrer de nouveau) sur le marché du travail », « la proportion des demandes de gardes d'enfants par du personnel qualifié (par exemple dans une crèche) examinées et satisfaites pendant la période considérée » ou encore « la proportion des personnes sans emploi impliquées dans des programmes de perfectionnement des compétences ou d'autres programmes de formation, y compris des emplois financés par l'Etat »<sup>88</sup>. Dans le cadre de la procédure de rapports, le Comité ne mobilise toutefois pas ces indicateurs afin de préciser la norme minimale de promotion des mesures d'activation qui augmentent les droits ou les services liés au travail offerts aux chômeurs.

**379.** En conclusion, le Comité saisit le phénomène de l'activation à travers les catégories de la conception réformatrice d'après-guerre du droit au travail : il promeut le développement de mesures ciblées de l'emploi afin de réaliser le droit au travail dans sa dimension de créance. Il ne précise pas progressivement le droit embryonnaire de la conception réformatrice de recevoir de l'aide pour trouver un emploi afin de faire face aux évolutions du contexte social et économique et sur base des expériences nationales menées en la matière.

## *§2. La jurisprudence du CEDS relative à l'article 1, §1 de la CSE*

### *Rappel préliminaire : l'article 1, §1 de la CSE et la jurisprudence générale du CEDS*

L'article 1, §1 de la Charte sociale dispose qu'« en vue d'assurer l'exercice effectif du droit au travail, les Parties s'engagent à reconnaître comme l'un de leurs principaux objectifs et responsabilités la réalisation et le maintien du niveau le plus élevé et le plus stable possible de l'emploi en vue de la réalisation du plein emploi ».

<sup>87</sup> Le Haut-Commissariat des Nations-Unies a en effet développé des indicateurs des droits de l'homme à destination notamment des organes conventionnels des Nations-Unies et des organes des Etats chargés de l'établissement des rapports relatifs à la mise en œuvre des pactes internationaux relatifs aux droits humains (Bureau du Haut-Commissariat des Nations-Unies aux droits de l'homme, Indicateurs des droits de l'homme. Guide pour mesurer et mettre en œuvre, Genève et New York, 2012, HR/PUB/12/5).

<sup>88</sup> Bureau du Haut-Commissariat des Nations-Unies aux droits de l'homme, Indicateurs des droits de l'homme. Guide pour mesurer et mettre en œuvre, *op. cit.*, p. 104.

Dès le premier cycle de contrôle (1969), le Comité européen des droits sociaux a interprété cette disposition comme contenant une obligation de moyens plutôt qu'une obligation de résultat<sup>89</sup>. Le Comité a ainsi consacré la conception réformatrice du droit au travail suivant laquelle l'obligation des Etats de poursuivre la réalisation du droit au travail dans sa dimension positive est une obligation juridique certes - elle ne relève pas uniquement du domaine de la morale -, mais n'implique pas de garantir immédiatement un emploi à chacun. Dès lors que l'article 1, §1 est interprété comme comportant une obligation de moyens plutôt que de résultat, les efforts accomplis par les Etats dans la poursuite du plein emploi prévalent sur les résultats obtenus en termes de baisse du chômage<sup>90</sup>.

**380.** Face à l'apparition du chômage de masse et de longue durée en Europe et à la recomposition des politiques sociales qui s'en est suivi, le Comité a dans un premier temps de renoncé à contrôler la conformité des situations nationales au regard de l'article 1, §1 (a.). Il a repris sa mission de contrôle en 2002, suite à la mise en place d'une méthode d'évaluation par indicateurs, dans laquelle les « mesures actives pour l'emploi » jouent un rôle essentiel (b.). Nous démontrons qu'à travers la promotion des mesures actives, le Comité promeut une voie particulière d'activation : le développement de droits, de services ou d'opportunités liés au travail. A la différence du CDESC, le CEDS précise et actualise progressivement la portée et le contenu du droit de recevoir de l'aide pour accéder à un emploi convenable contenu en germe dans la conception réformatrice d'après-guerre du droit au travail (c.).

#### a. De 1984 à 2002 : l'abandon de la mission de contrôle

**381.** Durant les sept premiers cycles (de 1969 à 1981), le Comité s'était prononcé sur la conformité des situations nationales à l'article 1, §1. Ses conclusions n'étaient pas particulièrement incisives : il concluait à la conformité des situations nationales ou, au pire, ajournait sa décision<sup>91</sup>. Pendant les premières années d'application de la CSE, les Etats appliquaient globalement la recette réformatrice dans la poursuite de la réalisation du plein emploi et la lutte contre le chômage conjoncturel. Ils menaient, d'une part, des politiques macro-économiques de soutien à la demande et expansionnistes sur le plan budgétaire et, d'autre part, des politiques de l'emploi au sens strict (sur cette notion, cf. n°X) (aussi appelées politiques micro-économiques dans le vocabulaire du Comité), telles que la mise en place des

<sup>89</sup> C.E.D.S., Conclusions I relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961, Observation interprétative relative à l'article 1, §1 de la CSE, 31 mai 1969.

<sup>90</sup> Le Comité a ainsi déclaré dans une observation de 1973 que : « La diminution du chômage en elle-même n'est pas un indice suffisant d'un effort vers la réalisation du plein emploi quand le chômage frappe par exemple cinq pour cent de la population active. Par contre, une augmentation importante du taux de chômage, alors qu'un effort substantiel est fait afin d'améliorer la situation du marché de l'emploi, n'empêche pas le Comité de considérer une telle situation comme conforme à la Charte » (C.E.D.S., Conclusions III relative à l'application de la Charte sociale européenne de 1961, Observation interprétative relative à l'article 1, §1, 31 juillet 1973).

<sup>91</sup> A l'exception d'une conclusion négative prise à l'encontre du Danemark lors du sixième cycle de contrôle (C.E.D.S., Conclusions VI relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1976 au 31 décembre 1977), Danemark, 30 novembre 1979. Nous y reviendrons au n°382.



services publics de l'emploi et le développement de programmes spéciaux d'emplois pendant les phases de ralentissement de l'activité économique. Parmi les Etats réformistes, les Etats scandinaves développaient également les formations professionnelles. Dans ce contexte de consensus global autour de la voie réformatrice de réalisation du droit au travail, le Comité encourageait la mise en œuvre de ce type de politiques<sup>92</sup>.

Au Royaume-Uni qui s'est, le premier, écarté de ce modèle en privilégiant des politiques macro-économiques de réduction des dépenses publiques et de lutte contre l'inflation afin d'augmenter l'activité économique et l'emploi, le Comité a indiqué, lors de son sixième cycle de contrôle (1979), que les effets principaux de cette approche sur le chômage ne pouvaient être immédiats et a pris note des programmes temporaires spéciaux d'emplois et de formation mis en place en 1975 par le Royaume-Uni dans l'attente de l'effet de ces mesures sur l'emploi. Il a ensuite souligné que ces mesures transitoires avaient dû être prolongées au-delà de 1977 dès lors que le chômage avait continué à croître. Marquant finalement sa défiance par rapport à l'abandon des politiques macro-économiques keynésiennes, il a conclu que « le Royaume-Uni remplissait les obligations énoncées dans ce paragraphe, mais seulement à titre provisoire, en attendant qu'une action tant générale qu'économique influence plus favorablement la situation de l'emploi et en exprimant l'espoir que les autorités britanniques communiqueraient des informations sur cette action dans leur prochain rapport »<sup>93</sup>.

**382.** Les chocs pétroliers ont toutefois sonné le glas des Trente Glorieuses. Dans une économie globalisée, les Etats ont dorénavant les yeux rivés sur leur compétitivité. L'évolution démographique et l'entrée des femmes sur le marché du travail ainsi que le passage à une économie de services ont causé une hausse généralisée du chômage en Europe. Dans ce contexte, les explications économiques dominantes du chômage ont évolué ; les politiques keynésiennes apparaissent inefficaces pour lutter contre un chômage devenu structurel (sur la crise d'efficacité de la voie réformatrice de réalisation du droit au travail, cf., *supra*, Titre 1, Chapitre 3, Section 1, n°183-188). Les Etats ont alors commencé à expérimenter de nouvelles politiques macro-économiques visant à relancer l'activité économique et à développer des batteries de mesures de l'emploi au sens strict visant à remédier aux déficiences structurelles de l'offre de travail.

Dans ce contexte, le Comité a arrêté, lors de son VIIIème cycle de contrôle (1984) d'adopter des conclusions sur la conformité ou non des situations nationales avec l'article 1, §1. Jusqu'en 2002, il a limité son action à une revue descriptive de la situation de l'emploi dans

---

<sup>92</sup> Voy. not. : C.E.D.S., Conclusions II relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1968 au 31 décembre 1969), Irlande, 31 juillet 1971.

<sup>93</sup> C.E.D.S., Conclusions VI relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1968 au 31 décembre 1969), Royaume-Uni, 31 juillet 1971. Lors du cycle suivant, le Comité a encore marqué son inquiétude face aux nouvelles politiques macro-économiques développées au Royaume-Uni dans la poursuite de l'emploi : « Une politique nouvelle a été mise en œuvre en vue d'améliorer les perspectives d'emploi grâce à la création de conditions économiques plus saines à travers des décisions dans le domaine fiscal, monétaire et relatives aux dépenses publiques etc. qui ont, au moins initialement, été accompagnées d'une dégradation de la situation de l'emploi ; le Comité a espéré que le prochain rapport du Royaume-Uni fournira la preuve que la politique actuelle s'est avérée efficace à la lumière des exigences de l'article 1, §1 de la Charte » (C.E.D.S., Conclusions VII relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1978 au 31 décembre 1978), Royaume-Uni, 31 décembre 1981).

les Etats ainsi que des politiques menées en vue de la réalisation du plein emploi<sup>94</sup>. Le Comité a peu expliqué ce choix. La conjonction d'éléments de son discours et d'éléments contextuels permet d'avancer une explication à l'abandon momentané de sa mission de contrôle : le Comité éprouvait un manque de connaissance et un manque de légitimité démocratique pour se prononcer sur la pertinence des choix posés par les Etats dans un environnement bouleversé.

Au cours des cycles de contrôle VIII et IX (1984 et 1985-1986), le Comité a fait écho, dans ses introductions générales, aux mutations du contexte socio-économique international. Il a relevé que la crise économique avait un caractère international et que la hausse du chômage était un phénomène généralisé à travers les Etats parties à la Charte<sup>95</sup>. Il a par ailleurs constaté que le chômage avait changé de nature ; il constitue :

« le problème le plus aigu auquel sont confrontés les gouvernements et le corps social dans son ensemble – car il n'est plus considéré comme l'effet conjoncturel de la crise économique mais comme le résultat d'une mutation profonde des mécanismes du marché du travail. La composition de l'offre et de la demande a changé, de même que le processus de production, la concurrence internationale et aussi les attentes individuelles et collectives »<sup>96</sup>.

A propos de la concurrence généralisée, le Comité a considéré qu'elle imposait aux Etats d'innover et d'adapter leurs politiques afin de maintenir les emplois<sup>97</sup>. Face à cet environnement modifié, il a indiqué que « la diversité des dispositions (...) adoptées (par les Etats parties) et le fait que bon nombre d'entre elles ne peuvent produire d'effets qu'à terme ne permettent pas de porter, à l'heure actuelle, des jugements sur l'une ou l'autre de ces politiques ». L'argument du manque de connaissance transparaît très clairement de cette dernière phrase.

La considération de la légitimité démocratique est également présente dans le choix du Comité de renoncer à sa mission de contrôle. Dès le deuxième cycle de contrôle, le Comité a déclaré que « la nature très vague de certains articles, tels que l'article 1 (...), rend(ait) leur interprétation extrêmement difficile »<sup>98</sup>. Pendant les premiers cycles, le Comité pouvait s'appuyer sur un soutien global des Etats pour encourager la voie réformatrice de réalisation du droit au travail. Avec la transformation du contexte socio-économique mondial, les

---

<sup>94</sup> C.E.D.S., Conclusions 2002 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne révisée de 1996 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1999 au 31 décembre 2000), Introduction générale, 31 mars 2002.

<sup>95</sup> C.E.D.S., Conclusions VIII relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1980 au 30 juin 1982), Introduction générale, 31 janvier 1984 ; C.E.D.S., Conclusion IX-2 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1982 au 31 décembre 1984), Introduction générale, 30 juin 1986.

<sup>96</sup> C.E.D.S., Conclusion IX-2 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1982 au 31 décembre 1984), Introduction générale, 30 juin 1986.

<sup>97</sup> C.E.D.S., Conclusion IX-2 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1982 au 31 décembre 1984), Introduction générale, 30 juin 1986 ; C.E.D.S., Conclusions VIII relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1980 au 30 juin 1982), Introduction générale, 31 janvier 1984.

<sup>98</sup> C.E.D.S., Conclusions II relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1968 au 31 décembre 1969), Introduction générale, 31 juillet 1971, p. xvi.

conceptions politiques se redessinent. Le Comité a ainsi constaté que « la politique de l'emploi en Europe, tout au moins dans les pays liés par la Charte sociale, semble s'orienter empiriquement vers une ligne médiane entre le libéralisme et l'interventionnisme réglementaire ». Dans ce contexte de recomposition des politiques économiques et sociales, les préoccupations liées à la légitimité démocratique croissent. Face à une disposition dont l'indétermination est caractérisée, le Comité risquait de s'exposer à des critiques d'usurpation de la souveraineté nationale s'il continuait à promouvoir les politiques macro-économiques réformistes. Henrik Kristensen, secrétaire exécutif adjoint du Comité depuis, a confirmé que cette préoccupation avait guidé l'attitude du Comité : « the uneasiness of the Committee was also due to its being aware that passing judgement on the complex macro-economic choices of States could be seen as taking a political stand not fitting for an impartial legal body »<sup>99</sup>.

La réaction de désapprobation du Comité gouvernemental à l'égard de l'unique conclusion de non-conformité adoptée par le Comité à l'égard du Danemark lors de son sixième cycle de contrôle est caractéristique à cet égard. Il faut tout d'abord souligner que la conclusion du Comité européen des droits sociaux était surprenante dès lors qu'elle reposait sur le constat de la persistance de la hausse du chômage, sans prendre en compte, et ce, contrairement à sa jurisprudence habituelle, les efforts accomplis par le Danemark en vue de lutter contre le chômage<sup>100</sup>. Dans son rapport, le Comité gouvernemental a indiqué que le CEDS semblait « avoir été influencé(...) principalement par les données statistiques qui, en réalité, ne donnent qu'une vue partielle de la situation de l'emploi (...) ». Il a ajouté qu'« en particulier, les experts indépendants auraient tendance à sous-estimer les mesures de l'emploi à moyen et long termes dont les résultats visés ne sont manifestés qu'à une époque ultérieure (...) »<sup>101</sup>. On peut se demander si la décision du Comité de ne plus prendre de conclusions sur la conformité des situations nationales à l'article 1, §1 n'est pas liée à l'avertissement lancé par les représentants des Etats parties face à une conclusion de non-conformité qui leur était apparue discrétionnaire.

**383.** De 1984 à 2002, le Comité prend note des politiques macro-économiques et des politiques micro-économiques développées par les Etats. En ce qui concerne la dimension macro-économique des réformes, il se borne à décrire les options choisies par les Etats. Il relève par exemple que les Pays-Bas mènent « une politique axée sur la modernisation du système productif, la réduction des coûts salariaux et des dépenses publiques, l'augmentation de la productivité, la stimulation des investissements et l'adaptation de la main-d'œuvre aux besoins de la production »<sup>102</sup> ou encore que le Royaume-Uni développe « une politique visant à améliorer la compétitivité des entreprises et à réduire les dépenses publiques et

---

<sup>99</sup> H. KRISTENSEN, « Right to Employment », in N. Johanson et M. Mikkola, *Reform of the European Social Charter*, Actes du colloque des 8 et 9 février 2011, Porvoo, Publications du Ministre finlandais des Affaires étrangères, 2011, p. 70. Csilla Kollonay-Lehoczky, membre du CEDS de 2001 à 2013, confirme qu'il semblait délicat pour le Comité européen des droits sociaux de se prononcer sur des questions de politique économique aussi complexe (Entretien avec Csilla Kollonay-Lehoczky, Strasbourg, le 4 décembre 2012).

<sup>100</sup> C.E.D.S., Conclusions VI relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1976 au 31 décembre 1977), Danemark, 30 novembre 1979.

<sup>101</sup> Comité gouvernemental de la Charte sociale européenne, Sixième rapport relatif aux Conclusions VI du Comité européen des droits sociaux, T-SG (80) 9, Strasbourg, 1979, p. 6.

<sup>102</sup> C.E.D.S., Conclusions VIII relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1980 au 30 juin 1982), Pays-Bas, 31 mars 1984.

l'inflation »<sup>103</sup>. Aucune préférence n'est plus exprimée en faveur des politiques axées sur la relance de la demande.

Le Comité a par ailleurs consacré une part de plus en plus importante de ses conclusions à détailler les mesures sélectives (ou micro-économiques) de plus en plus diversifiées expérimentées par les Etats au cours de cette période de trente années. Il répertorie ces mesures au fil des informations qui lui sont communiquées par les Etats (aides à la création d'entreprises, création directe d'emplois, mesures visant à réduire le coût de la main-d'œuvre, mesures de partage de travail, libéralisation de la réglementation du travail, mesures de formation,...<sup>104</sup>). Dès qu'un nouveau type de mesures est identifié, il demande aux autres Etats s'ils développent également ce type de mesures<sup>105</sup>. Il interroge également les Etats sur l'efficacité de chacune des mesures<sup>106</sup>.

On relèvera que, face à un manque de connaissance et des questionnements importants de légitimité démocratique, le Comité aurait pu s'engager dans une pratique de validation des différentes politiques menées par les Etats. Au lieu de renoncer à sa mission de contrôle de l'application du droit, le Comité européen des droits sociaux aurait pu adopter une attitude déférente et avaliser au regard du droit au travail les différentes politiques menées par les Etats. Dans leurs résultats immédiats, les deux approches ne se distinguent pas : aucune norme minimale ne cadre et n'oriente le développement des politiques en faveur de l'emploi. Le positionnement théorique en amont de ces approches est toutefois différent. En privilégiant le renom à sa mission de contrôle plutôt que l'adoption d'une jurisprudence d'auto-restriction, le Comité refuse le glissement vers une conception relativiste du droit au travail. Il ne se prononce pas sur les politiques menées par les Etats mais il ne les valide pas. Le droit n'est pas ramené au rang des politiques. Il évite que le contenu du droit varie en fonction des

---

<sup>103</sup> C.E.D.S., Conclusions X-2 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1985 au 31 décembre 1986), Royaume-Uni, 30 juin 1988.

<sup>104</sup> Pour un aperçu global des différentes mesures identifiées par le Comité à travers les rapports des Etats, voy. Conseil de l'Europe, *Emploi, orientation et formation professionnelles dans la Charte sociale européenne, Etude établie sur la base de la jurisprudence du Comité européen des droits sociaux*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2000, pp. 28-40.

<sup>105</sup> A titre exemplatif, lors des septième et huitième cycles de contrôle, plusieurs Etats ont mentionné dans leur rapport, qu'ils avaient adopté des mesures de partage du travail au cours de la période de référence (abaissement de l'âge de la retraite, réduction de la durée hebdomadaire de travail, allongement de la durée des études, mesures en faveur des temps partiels...). Le Comité a pris note de ces nouvelles pratiques dans ses conclusions (voy. not. : C.E.D.S., Conclusions VII relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1978 au 31 décembre 1979), Danemark, 31 décembre 1981 ; C.E.D.S., Conclusions VIII relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1980 au 30 juin 1982), France, 31 mars 1984). Dès le huitième cycle de contrôle, il a demandé à d'autres Etats s'ils avaient développé ce type de mesures ou envisageaient de le faire (voy. not. : C.E.D.S., Conclusions VIII relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1980 au 30 juin 1982), Allemagne, Espagne, France, Irlande, Italie, Pays-Bas, 31 mars 1984).

<sup>106</sup> Voy. à titre illustratif : C.E.D.S., Conclusions XIII-3 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1992 au 31 décembre 1993), Danemark, 30 novembre 1995 ; C.E.D.S., Conclusions XIII-3 relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1992 au 31 décembre 1993), Grèce, 30 novembre 1995 ; C.E.D.S., Conclusions XIII-3 relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1992 au 31 décembre 1993), Portugal, 30 novembre 1995 ; C.E.D.S., Conclusions X-2 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1985 au 31 décembre 1986), Italie, 30 juin 1988.

options politiques privilégiées par les Etats. Par ailleurs, si le Comité avait opté pour une approche déferente et validé l'ensemble des politiques développées par les Etats, il aurait difficilement pu resserrer sa jurisprudence par la suite. *Via* son système de revue descriptive, la Comité a progressivement acquis des connaissances sur les transformations du contexte socio-économique, sur les mesures de l'emploi et sur leur efficacité. Nous allons voir, dans le point suivant que ces connaissances lui ont permis, dans un second temps, de reprendre l'évaluation.

#### b. A partir de 2002 : la reprise de l'évaluation sur base d'indicateurs

**384.** Lors du cycle de contrôle XIV-1 (1998), le Comité a formalisé et structuré une liste de questions-type et marqué sa volonté de reprendre les évaluations, sur base des informations qui lui seront communiquées par les Etats. Dans l'introduction générale de ses conclusions, il a indiqué que :

« dans le contexte économique et social actuel de l'Europe, il est impossible d'évaluer les situations nationales sous l'angle de l'article 1, §1 en se fondant uniquement sur les indicateurs du chômage. Il faut prendre en compte divers paramètres tels que les tendances dans la nature de l'emploi, la conception des politiques de l'emploi nationales et l'engagement budgétaire pour ces politiques »<sup>107</sup>.

En conséquence, il a demandé aux Etats de lui communiquer un ensemble de données relatives à la situation économique et aux politiques de l'emploi, « afin de pouvoir évaluer correctement la situation des différents pays au regard de l'obligation de l'article 1, §1 ». Il a demandé aux Etats de fournir des informations sur :

- « les taux de chômage des groupes vulnérables suivants sur le marché du travail – les femmes, les jeunes, les chômeurs de longue durée (proportion du chômage total et durée moyenne), les immigrés/minorités ethniques - ;
- les mesures prises pour faciliter l'accès de ces groupes à l'emploi en donnant des indications sur les effectifs participants à ces mesures et, si possible, leurs effets sur l'emploi ;
- le taux de participation de la population active et la ventilation de l'emploi par secteur, sexe, emploi à plein temps ou temps partiel et type de contrat (permanent, à durée déterminée, etc.) ».

Il a également invité les Etats à faire part de « l'évolution de la totalité des dépenses consacrées à la politique de l'emploi au cours des cinq dernières années, en les ventilant par mesure ou par programme; la part dans les dépenses totales des mesures "actives" (création

---

<sup>107</sup> C.E.D.S., Conclusions XIV-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961, Introduction générale, 30 mars 1998, p. 34.

d'emplois, formation, etc.) et "passives" (indemnité financière, etc.) en matière d'emploi »<sup>108</sup>. Les différentes informations demandées avaient été progressivement identifiées, au cours des cycles précédents, à partir des pratiques mises en avant par les Etats dans leurs rapports nationaux. L'élaboration d'une liste de questions exhaustive amorçait la reprise de la mission de contrôle de l'application de l'article 1, §1 de la Charte.

**385.** Lors du cycle de contrôle suivant, en 2000, le Comité a commencé à regrouper les informations communiquées par les Etats sous deux rubriques dans ses conclusions : il examine tout d'abord « la situation de l'emploi » et ensuite « les politiques de l'emploi ». A partir de 2002, il s'est à nouveau prononcé sur la conformité des mesures et politiques menées par les Etats à l'article 1, §1 de la Charte. Dans une observation interprétative, il a précisé que « l'appréciation se fonde sur un certain nombre d'indicateurs d'ordre juridique, économique et social, qui sont en particulier liés aux résultats obtenus par les Etats dans l'assistance active qu'ils fournissent aux chômeurs et dans la traduction de la croissance économique en termes d'emploi »<sup>109</sup>. Alfredo Bruto Da Costa, membre du CEDS, rapporteur pour l'article 1, §1 pour le cycle de contrôle de 2002, a élaboré une méthode d'évaluation de la conformité des situations nationales à l'article 1, §1, fondée sur la combinaison d'indicateurs<sup>110</sup>. Ces derniers correspondent aux données qui avaient été demandées aux Etats dans l'introduction générale du cycle de contrôle XIV-1 (1998). A partir des années 1990, d'importantes bases de données statistiques sur l'emploi sont générées dans le cadre des Etudes de l'OCDE sur l'emploi et de la Stratégie européenne pour l'emploi de l'Union européenne. A défaut de communication de l'ensemble des données par les Etats, le Comité peut également s'appuyer sur ces bases de données pour disposer des informations suffisantes dans le cadre de sa méthode d'évaluation. Cette méthode doit permettre de « chercher la réalité derrière l'apparence »<sup>111</sup> ; de vérifier qu'au-delà des déclarations politiques ou des dispositions juridiques, les Etats s'engagent effectivement dans une politique en faveur du plein emploi<sup>112</sup>.

**386.** Parmi les indicateurs retenus, il faut distinguer les indicateurs de résultat et les indicateurs d'effort.

Les indicateurs de résultat comprennent trois séries d'indicateurs. La première concerne la situation générale de l'économie nationale, regroupant des indicateurs tels que le taux de

---

<sup>108</sup> C.E.D.S., Conclusions XIV-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961, Introduction générale, 30 mars 1998, pp. 34-35.

<sup>109</sup> C.E.D.S., Conclusions 2002 relatives à l'application de la Charte sociale européenne révisée de 1996, Observation interprétative relative à l'application de l'article 1, §1, 31 mars 2002 ; C.E.D.S., Conclusions XVI-1 relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961, Observation interprétative relative à l'application de l'article 1, §1, 30 mai 2003.

<sup>110</sup> Cette information nous a été communiquée par Csilla Kollonay-Lehoczky qui était membre du Comité européen des droits sociaux à l'époque (Entretien avec Csilla Kollonay-Lehoczky, Strasbourg, le 4 décembre 2012).

<sup>111</sup> C.E.D.S., Conclusions III relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961, Introduction générale, p. xvi.

<sup>112</sup> A titre exemplatif, le Comité a considéré, en 2002, que, sur base de chiffres et compte tenu de la situation socio-économique, les efforts réellement fournis par la Turquie, au-delà des engagements politiques, étaient manifestement insuffisants au regard de l'article 1, §1 de la Charte (C.E.D.S., Conclusions XVI-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1999 au 31 décembre 2000), Turquie, 30 mai 2003)

croissance du PIB, le taux d'emploi, le taux d'emploi des jeunes, le taux d'activité et l'inflation. Le deuxième groupe d'indicateurs a trait au chômage. Il regroupe des indicateurs tels que le taux de chômage général, le taux de chômage de longue durée et le taux de chômage des jeunes. Une troisième série d'indicateurs concerne la situation de l'emploi. Au départ, cette catégorie incluait des indicateurs tels que la proportion de travailleurs à durée déterminée ou de travailleurs à temps partiel involontaire, qui devaient permettre de visualiser l'étendue de la situation du sous-emploi<sup>113</sup>. Nous avons vu que l'OIT mobilise également l'indicateur du sous-emploi (cf. *supra*, n°378). L'analyse des conclusions révèle qu'à partir de 2004, le Comité s'est toutefois uniquement concentré sur des indicateurs quantitatifs tels que le taux d'emploi global et dans les différentes catégories de population (jeunes, femmes, immigrés, personnes âgées) (sur ce constat, cf. *infra*, n°433-435).

A côté des indicateurs de résultat, les indicateurs d'efforts doivent permettre au Comité de mesurer les efforts accomplis par les Etats dans la poursuite du plein emploi. Cette seconde catégorie d'indicateurs comprend les indicateurs suivants : le montant des dépenses consacrées à la politique de l'emploi en pourcentage du PIB (la part respective des mesures actives et des mesures passives devant être précisée), le nombre total de bénéficiaires de mesures actives, le taux d'activation des chômeurs, c'est-à-dire la proportion de chômeurs ayant bénéficié d'une mesure active par rapport au nombre total de chômeurs et l'intervalle qui s'écoule en moyenne entre l'inscription au chômage et l'offre d'une mesure active.

**387.** La méthode d'évaluation repose sur la mise en balance des indicateurs de résultats et des indicateurs d'effort. Si le Comité a égard aux contraintes que la globalisation fait peser sur les politiques nationales ainsi qu'aux difficultés particulières auxquelles font face les économies nationales dans la lutte contre le chômage<sup>114</sup>, il marque aussi sa volonté de procéder à des comparaisons entre les Etats. Lors de l'évaluation des situations nationales, il prend en compte les résultats et les efforts moyens fournis par les autres Etats parties. Des résultats inférieurs à la moyenne européenne n'entraînent pas automatiquement un constat de violation de l'article 1, §1. Les moyennes européennes constituent toutefois « un cadre de référence »<sup>115</sup> largement mobilisé afin de mettre en évidence l'insuffisance des efforts poursuivis<sup>116</sup>.

<sup>113</sup> H. KRISTENSEN, « Right to Employment,... », *op. cit.*, p. 71.

<sup>114</sup> Secrétariat du Comité européen des droits sociaux, Digest de jurisprudence du Comité européen des droits sociaux, Strasbourg, 1<sup>er</sup> septembre 2008, [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Digest/DigestSept2008\\_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Digest/DigestSept2008_fr.pdf) (site du Comité européen des droits sociaux), p. 18. Voy. not. les conclusions de 2012, dans lesquelles le Comité a égard à la crise mondiale économique et financière et à ses répercussions sur les économies nationales (C.E.D.S., Conclusions 2012 relatives à l'application de la Charte sociale européenne révisée de 1996 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2007 au 31 décembre 2010), Autriche, Belgique, Grèce, 7 décembre 2012). Le Comité prend également en considération les difficultés propres aux Etats post-soviétiques dont l'économie est en transition (voy., par exemple : C.E.D.S., Conclusions XVI-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961, Pologne).

<sup>115</sup> En ce sens, H. KRISTENSEN, « Right to Employment,... », *op. cit.*, p. 71.

<sup>116</sup> A titre illustratif, relevons un extrait du raisonnement qui a conduit le Comité à adopter une conclusion de non-conformité à l'égard de la Bulgarie en 2002 : « Le Comité relève dans les données Eurostat que le taux d'activation en Bulgarie, c'est-à-dire le nombre de bénéficiaires d'une mesure active exprimé en pourcentage de l'ensemble des chômeurs, a été d'à peine 11,9 % en 2009. Il s'agit du taux d'activation le plus bas enregistré cette année-là parmi les 27 pays de l'UE, pour lesquels la moyenne s'établissait à 28,9 %. Toujours selon les données Eurostat, les dépenses publiques allouées aux politiques actives en faveur de l'emploi en Bulgarie ont

En conclusion, le Comité vérifie si les efforts accomplis par l'Etat (indicateurs d'efforts) ne sont pas manifestement insuffisants au regard de la situation économique, du niveau de l'emploi et du chômage (indicateurs de résultats), compte tenu de ce qui est accompli par les autres Etats (comparaison). La méthode d'évaluation s'inscrit dans la ligne de la jurisprudence du Comité suivant laquelle les efforts accomplis par les Etats dans la poursuite du plein emploi priment sur les résultats obtenus dans la lutte contre le chômage (cf. *supra*, Rappel préliminaire et la note de bas de page n°90).

**388.** Parmi les indicateurs d'efforts, une grande emphase est mise sur les « mesures actives de l'emploi » dans les documents généraux du Comité relatifs à l'application de l'article 1, §1 (formulaire pour l'établissement de rapport, considérations générales et observations interprétatives en début de conclusions)<sup>117</sup>. Si la nouvelle méthode d'évaluation demande aux Etats de ventiler leurs dépenses en mesures actives et en mesures passives de l'emploi, le Comité a précisé à plusieurs reprises dans ses conclusions de 2012 que « son appréciation des situations nationales sous l'angle de l'article 1, §1 se fonde principalement sur les politiques actives en faveur de l'emploi mises en place par les Etats, plutôt que sur les mesures consistant en des indemnités de chômage »<sup>118</sup>. Concrètement, l'examen des conclusions adoptées depuis 2002 révèle par ailleurs que les conclusions de non-conformité sont toujours liées à un constat d'insuffisance au niveau des indicateurs portant sur le développement des mesures actives. Depuis qu'il a repris sa mission de contrôle, le Comité adopte des conclusions négatives lorsque les dépenses en mesures actives ou le nombre de chômeurs bénéficiant de mesures actives (taux d'activation) diminue alors que le taux de chômage augmente ou encore lorsque les dépenses sont manifestement insuffisantes comparativement à la moyenne européenne et au regard d'une situation de chômage persistant. A titre exemplatif, le Comité a ainsi considéré en 2002, qu'« (e)u égard au fort taux de chômage persistant en Italie, au nombre très important de chômeurs de longue durée et au taux extrêmement élevé de chômage parmi les jeunes, surtout dans le sud du pays, (...) les efforts relatifs à la politique de l'emploi, avec notamment un niveau relativement faible de participation aux mesures actives, sont insuffisants ». Il a dès lors conclu que « l'Italie ne remplit pas ses obligations au regard

---

représenté 0,26 % du PIB en 2009, pourcentage qui se situe ici aussi sous la moyenne des 27 pays de l'Union européenne (0,78 % du PIB pour la même année). Le Comité estime que le taux d'activation et les dépenses consacrées aux mesures actives font tous deux apparaître que les efforts menés en Bulgarie dans le domaine de la politique de l'emploi ont été insuffisants pendant la période de référence » (C.E.D.S., Conclusions 2012 relatives à l'application de la Charte sociale européenne révisée de 1996 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2007 au 31 décembre 2010), Bulgarie, 7 décembre 2012). Voy. également : C.E.D.S., Conclusions 2012 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne révisée de 1996 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2007 au 31 décembre 2010), Arménie, Grèce, Hongrie, Italie, 7 décembre 2012.

<sup>117</sup> Formulaire pour l'établissement des rapports à présenter en application de la Charte sociale européenne 1961 et du Protocole additionnel de 1988, adopté par le Comité des Ministres le 26 mars 2008 ; Formulaire pour l'établissement des rapports à présenter en application de la Charte sociale européenne révisée, adopté par le Comité des Ministres le 26 mars 2008 ; C.E.D.S., Conclusions XIV-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961, Introduction générale, 30 mars 1998, pp. 34-35 ; C.E.D.S., Conclusions 2002 relatives à l'application de la Charte sociale européenne révisée de 1996, Observation interprétative relative à l'application de l'article 1, §1, 31 mars 2002 ; C.E.D.S., Conclusions XVI-1 relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961, Observation interprétative relative à l'application de l'article 1, §1, 30 mai 2003.

<sup>118</sup> Voy. not. : C.E.D.S., Conclusions 2012 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne révisée de 1996 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2007 au 31 décembre 2010), Albanie, Bosnie-Herzégovine et Fédération de Russie, 7 décembre 2012.



de l'article 1§1 de la Charte révisée »<sup>119</sup>. La situation apparaît aux yeux du Comité d'autant plus inadmissible au regard de l'article 1, §1, lorsqu'elle est couplée à un contexte de croissance économique. A titre exemplatif, la situation économique favorable a été considérée comme un facteur aggravant par le Comité dans ses conclusions de 2003 de non-conformité à l'égard de la République slovaque<sup>120</sup>.

**389.** Plusieurs éléments peuvent expliquer la reprise de l'évaluation du respect de l'article 1, §1 de la Charte sur base d'indicateurs.

Entre 1984 et 2002, le Comité a progressivement acquis une connaissance des bouleversements socio-économiques et des réponses qui peuvent y être apportées et ce, grâce à une revue ouverte des pratiques des Etats dans le domaine de la politique de l'emploi et l'ouverture d'un dialogue avec ces derniers à travers le développement d'un jeu de questions-réponses.

Ensuite, dans les années 1990, l'OCDE et l'Union européenne, dans le cadre de la Stratégie européenne pour l'emploi, avaient développé une batterie d'indicateurs afin de suivre, de comparer et d'évaluer l'action des Etats en faveur de l'emploi.

Enfin, à cette époque, lors de la révision de la Charte en 1996, l'article 1, §1 a été maintenu dans sa formule originale dans la Charte sociale révisée adoptée en 1996. Malgré les évolutions du contexte socio-économique et des analyses économiques dominantes du chômage, les Etats ont décidé de maintenir la référence au plein emploi. Ils ont réaffirmé leur volonté de se lier juridiquement à la poursuite de politiques visant à la réalisation du plein emploi. Cette réaffirmation par les Etats de la centralité de l'objectif du plein emploi a donné au CEDS l'appui démocratique nécessaire pour reprendre sa mission de contrôle et de se reprofiler comme acteur, aux côtés de l'OCDE et de l'Union européenne, dans le monitoring des politiques de l'emploi.

---

<sup>119</sup> C.E.D.S., Conclusions 2002 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne révisée de 1996, (période du 1<sup>er</sup> janvier 1999 au 31 décembre 2000), Italie, 31 mars 2002 ; voy. également : C.E.D.S., Conclusions XVI-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1999 au 31 décembre 2000), Turquie, 30 mai 2003 ; C.E.D.S., C.E.D.S., Conclusions XVII-1, Tome 1, relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2001 au 31 décembre 2002), Turquie, 28 février 2005 ; C.E.D.S., Conclusions 2004 relatives à l'application de la Charte sociale européenne révisée de 1996 (période de référence du 1<sup>er</sup> novembre 2000 au 31 décembre 2002), Bulgarie, 31 mai 2004.

<sup>120</sup> C.E.D.S., Conclusions XVI-2 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 21 juillet 2000 au 21 juillet 2002), République slovaque, 30 juin 2004 (« Etant donné l'allègement notable des coûts liés aux prestations de chômage, il semble au Comité que le gouvernement aurait pu et dû investir davantage encore dans les mesures actives ; aussi estime-t-il la situation contraire à l'objectif de l'article 1§1. La position du Comité tient surtout compte de la gravité particulière de la situation en ce qui concerne le chômage des jeunes et le chômage de longue durée, ainsi que de la croissance prolongée de l'économie »). Voy. également : les conclusions de non-conformité prises à l'encontre de la Pologne en \_\_\_ : « Malgré les difficultés auxquelles l'économie polonaise doit faire face, en particulier un volume de production encore relativement faible et un processus de privatisation toujours en cours, le Comité estime que cette évolution négative des efforts menés sur le front de la politique de l'emploi, tant en ce qui concerne l'insertion active des chômeurs qu'en termes de dépenses, alors même que l'économie connaît en réalité une phase de croissance et que le chômage s'envole, est contraire à l'objectif de l'article 1§1 » (C.E.D.S., Conclusions XVI-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1999 au 31 décembre 2000), Pologne, 30 mai 2003).

**390.** Le recours à une méthode d'évaluation fondée sur une batterie d'indicateurs permet d'approfondir et de systématiser les connaissances du Comité à propos des situations nationales. Dans l'air du temps, elle vise par ailleurs à objectiver son contrôle ; son appréciation est désormais couverte par une méthodologie scientifique. Si l'application d'une telle méthode procure aux Etats une certaine sécurité juridique, en les mettant à l'abri d'une jurisprudence changeante et des risques d'arbitraire, il ne faut pas oublier qu'en amont, le choix des indicateurs n'est pas exempt de normativité<sup>121</sup>. Dans cette optique, il convient de se pencher sur le processus qui a conduit le Comité à retenir le développement de mesures actives de l'emploi, comme l'indicateur central de la réalisation de l'article 1, §1 de la Charte.

c. La promotion des « mesures actives de l'emploi » : actualisation ou *statu quo* des exigences qui découlent du droit au travail ?

**391.** Dans ce point, le périmètre de la notion de « mesures actives de l'emploi » usitée par le Comité est interrogé et ensuite confronté aux ensembles de mesures regroupées dans les différentes dimensions de l'activation. Nous examinons ensuite si la promotion de ces mesures constitue une actualisation par le Comité des exigences qui découlent du droit au travail suite à la crise d'efficacité rencontrée par le modèle réformiste d'après-guerre de réalisation du droit au travail.

**392.** La notion de « mesure active de l'emploi » dans la jurisprudence du Comité - Le concept de « mesure active » n'est pas défini par le Comité. On peut s'interroger sur le champ d'extension de la notion. Le qualificatif « actif » fait penser à la notion de « politiques actives du marché du travail ». Pour rappel, originellement développées dans les Etats providence scandinaves, les « mesures actives du marché du travail » marquent une préférence pour l'aide dans le retour à l'emploi plutôt qu'une indemnisation passive du chômage. La distinction entre mesures actives et mesures passives opérée par le Comité pourrait renvoyer à l'opposition entre politiques actives du marché du travail et politiques passives de l'emploi. Nous avons toutefois vu que, depuis les années 1990, les Etats développent des mesures visant à favoriser l'emploi sur l'indemnisation passive du chômage dans d'autres champs politiques que la politique active de l'emploi. On pense par exemple aux crédits d'impôt dans le domaine de la politique fiscale ou à la multiplication des obligations liées à la recherche d'emploi dans les systèmes de prestations de chômage ou d'assistance sociale (cf. *supra*, n°192 et encadré 17– classification des mesures d'activation). Il nous faut dès lors vérifier si la notion de « mesures actives » usitée par le Comité ne recouvre pas un périmètre plus large que les politiques actives du marché du travail. A travers ce concept, le Comité pourrait

---

<sup>121</sup> A ce propos, voy. not. : R. SALAIS, « La donnée n'est pas un donné. Pour une analyse critique de l'évaluation chiffrée de la performance », *Revue française d'administration publique*, Vol. 3, n°135, 2013, pp. 497-515 ; du même auteur, « La politique des indicateurs. Du taux de chômage au taux d'emploi dans la stratégie européenne pour l'emploi », in B. Zimmerman, *Les sciences sociales à l'épreuve de l'action. Le savant, le politique et l'Europe*, Editions de la Maison des Sciences de l'Homme, Paris, 2004, pp. 287-331 ; A. SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010, pp. 75-88 ; et, du même auteur, *La gouvernance par les nombres*, Paris, Fayard, 2015.

promouvoir les mesures d'activation en général, c'est-à-dire l'ensemble des mesures qui visent à favoriser les transitions vers l'emploi, qu'elles ressortent du domaine de la politique active de l'emploi, de la politique fiscale ou de la sécurité sociale. La taxonomie du Comité n'apparaît d'ailleurs pas stabilisée puisqu'il substitue parfois le terme de mesures actives par la notion de mesures d'activation<sup>122</sup>. Le Comité parle par ailleurs de « taux d'activation » pour viser « la proportion de chômeurs qui ont bénéficié d'une *mesure active* par rapport au nombre total de chômeurs »<sup>123</sup>. De manière générale, nous avons vu, dans le premier titre, que la littérature donne à ces notions des périmètres variables. Il serait dès lors inconséquent de se prononcer sur le spectre des mesures promues par le Comité sur base de la dénomination générique qu'il retient. Il convient d'examiner la jurisprudence pour élucider cette question.

**393.** Si le Comité ne définit pas le concept de « mesures actives de l'emploi », il a recours à des exemples pour illustrer la notion. Que ce soit dans le questionnaire de l'introduction générale de ses conclusions de 1998, dans le formulaire de 2008 relatif à l'établissement de rapports ou dans le digest de sa jurisprudence, ce sont les mêmes exemples qui sont repris, à savoir la création d'emplois, les subventions à l'emploi, la formation et l'orientation professionnelles<sup>124</sup>. Il s'agit des mesures emblématiques des politiques actives du marché du travail. Par ailleurs, dans les conclusions de 2012, alors que le Comité utilise le terme « politiques actives de l'emploi » dans la version française, il ne parle dorénavant plus d'« active measures of employment » mais d'« active labour market policies » dans la version anglaise<sup>125</sup>. Enfin, les deux indicateurs (les dépenses en mesures actives en pourcentage du PIB et le taux d'activation) correspondent à des indicateurs utilisés dans le

<sup>122</sup> C.E.D.S., Conclusions XVI-1 relatives à l'article 1, §1 de la CSE, Pays-Bas (« Le Comité demande ce que les autorités envisagent de faire pour que les chômeurs adultes soient plus nombreux à pouvoir bénéficier d'une mesure d'activation à un stade précoce et pour améliorer encore le taux global d'activation ») ; C.E.D.S., Conclusions XVI-1 relatives à l'article 1, §1 de la CSE, Portugal, « De l'avis du Comité, la politique déployée sous l'angle de l'article 1, §1 de la Charte devrait permettre à tous les chômeurs de se voir proposer le plus rapidement possible des dispositifs d'activation de bonne qualité et d'une durée appropriée afin d'optimiser leurs chances de trouver un travail ». Voy. également : C.E.D.S., Conclusions XVII-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la CSE, Belgique ; C.E.D.S., Conclusions XVII-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la CSE, Danemark ; C.E.D.S., Conclusions XVII-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la CSE, Autriche ; C.E.D.S., Conclusions XVII-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la CSE, Pays-Bas ; C.E.D.S., Conclusions 2004 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la CSE, Irlande ; C.E.D.S., Conclusions 2008 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la CSE, Andorre.

<sup>123</sup> A titre illustratif, voy. : C.E.D.S., Conclusions 2012 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne révisée de 1996 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2007 au 31 décembre 2010), Albanie, 7 décembre 2012 ; C.E.D.S., Conclusions 2008 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne révisée (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2005 au 31 décembre 2006), Arménie, 24 octobre 2008 ; C.E.D.S., Conclusions XIX-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2005 au 31 décembre 2006), Islande, 24 octobre 2008 ; C.E.D.S., Conclusions 2006 relatives à l'application de la Charte sociale européenne révisée de 1996 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2003 au 31 décembre 2004), Estonie, 30 juin 2006.

<sup>124</sup> Formulaire pour l'établissement des rapports à présenter en application de la Charte sociale européenne 1961 et du Protocole additionnel de 1988, adopté par le Comité des Ministres le 26 mars 2008 ; Formulaire pour l'établissement des rapports à présenter en application de la Charte sociale européenne révisée, adopté par le Comité des Ministres le 26 mars 2008 ; C.E.D.S., Conclusions XIV-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961, Introduction générale, 30 mars 1998, pp. 34-35 ; Secrétariat du Comité européen des droits sociaux, Digest de jurisprudence du Comité européen des droits sociaux, *op. cit.*, p. 17.

<sup>125</sup> C.E.D.S., Conclusions 2012 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne révisée de 1996 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2007 au 31 décembre 2010), 7 décembre 2012.

cadre des Etudes pour l'emploi de l'OCDE<sup>126</sup>. Dans ses conclusions, le CEDS se réfère d'ailleurs parfois aux données provenant de l'OCDE lorsqu'elles n'ont pas été communiquées par les Etats. Il se réfère aussi aux moyennes des Etats européens membres de l'OCDE<sup>127</sup>. On peut en conclure que la notion de « mesures actives de l'emploi » usitée par le Comité européen des droits sociaux correspond à la notion de « mesures actives du marché du travail » de l'OCDE.

**394.** En se référant aux classifications des mesures d'activation élaborées dans le premier titre de la recherche, nous pouvons conclure que le Comité promeut sous l'article 1, §1 de la CSE, de la même manière que le fait le CDESC sous l'article 6 du PIDESC, le développement de mesures d'activation dans le champ particulier de la politique active de l'emploi (encadré dans le tableau, ci-dessous). A la différence du CDESC, il n'encourage que le déploiement des mesures actives du marché du travail et n'aborde pas la question des services sociaux.

---

<sup>126</sup> Voy. la base de données en ligne de l'OCDE sur les programmes du marché du travail ([www.stats.oecd.org](http://www.stats.oecd.org)).

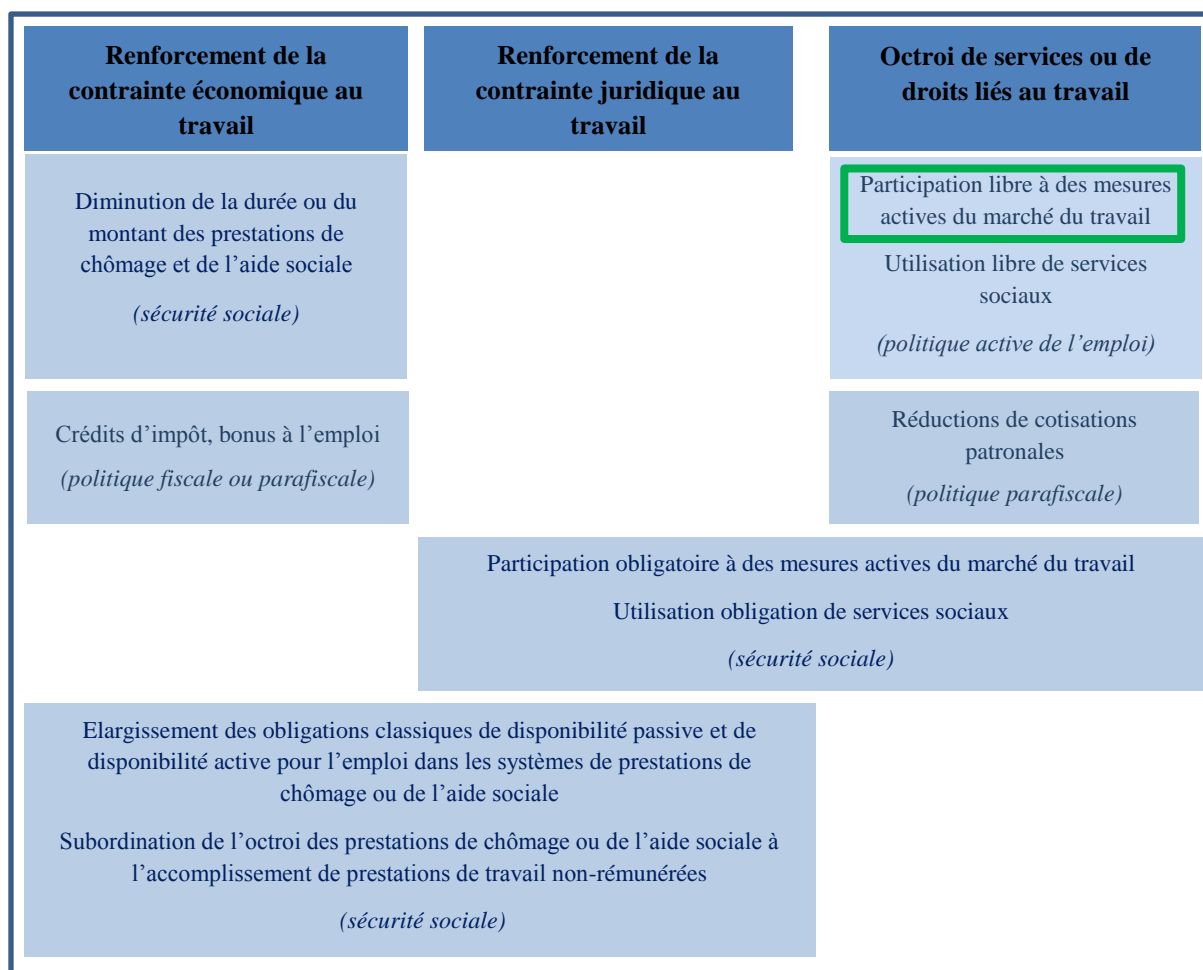
<sup>127</sup> A titre illustratif, voy. : C.E.D.S., Conclusions 2012, relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne révisée de 1996 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2007 au 31 décembre 2010), Irlande, 7 décembre 2012 et C.E.D.S., Conclusions 2012, relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne révisée de 1996 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2007 au 31 décembre 2010), Norvège, 7 décembre 2012. Le Comité se réfère plus souvent à la base de données d'Eurostat qui mesure les mêmes indicateurs que l'OCDE (les dépenses en mesures actives du marché du travail et le taux d'activation des chômeurs) au sein des pays de l'Union européenne.

**Encadré 34 - Promotion par le CEDS des mesures actives du marché du travail**

Politique active de l'emploi	Sécurité sociale (prestations de chômage et assistance sociale)	Politique fiscale ou parafiscale
<p><i>Mesures actives du marché du travail</i></p> <p><u>Action sur l'offre de travail :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Assistance à la recherche d'emploi et placement</li> <li>- Orientation et formation professionnelles</li> <li>- Stages professionnels</li> </ul> <p><u>Action sur la demande de travail :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Création directe d'emplois dans le secteur public</li> <li>- Subventions à l'emploi dans le secteur privé</li> <li>- Promotion des petites et moyennes entreprises</li> <li>- Mécanismes d'aide au travail indépendant et autonome</li> </ul>	<p><i>Renforcement des obligations liées au travail</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Renforcement de l'obligation de disponibilité pour l'emploi (élargissement ou suppression de la notion d'emploi convenable, obligations accrues en matière de recherche active d'emploi,...)</li> <li>- Participation obligatoire à une mesure active du marché du travail</li> <li>- Subordination de l'octroi des prestations à l'accomplissement de prestations de travail non-rémunérées</li> </ul> <p><i>Diminution de la hauteur des prestations ou de leur durée d'octroi</i></p>	<p><u>Action sur l'offre de travail :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Crédits d'impôt</li> <li>- Réductions de cotisations sociales personnelles,</li> <li>- Bonus fiscaux à l'emploi,...</li> </ul> <p><u>Action sur la demande de travail :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Réductions du coût du travail</li> <li>- Réductions de cotisations sociales patronales</li> </ul>
<p><u>Services sociaux (action sur l'offre de travail uniquement)</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Suivi et support personnalisé</li> <li>- Assistance psychologique et sociale</li> <li>- Systèmes de gardes d'enfants,...</li> </ul>		

Ce faisant, il encourage les Etats à développer une dimension spécifique de l'activation des personnes sans emploi, à savoir les mesures qui augmentent les droits, les services ou les opportunités liés au travail en faveur des personnes sans emploi en vue de faciliter leur retour au travail (encadré vert dans l'encadré 35, ci-dessous).

**Encadré 35 - Promotion par le CDESC de mesures d'activation augmentant les droits, les services ou les opportunités liés au travail au bénéfice des personnes sans emploi**



**395.** La promotion des mesures actives du marché du travail permet d'agir sur les facteurs de conversion individuels (compétences et qualifications professionnelles - via l'action sur l'offre de travail) et sur les facteurs de conversion sociaux (développement des opportunités d'emploi via une action sur la demande de travail). Toutefois, si le CEDS demande que les indicateurs de résultats soient déclinés par catégorie de chômeurs, il n'assortit pas les indicateurs d'efforts de la même exigence. Les Etats ne doivent pas préciser en faveur de quelles catégories de chômeurs sont mises en œuvre les mesures actives du marché au travail. L'analyse du droit-capacité au travail des différentes catégories de chômeurs et des questions d'égalité perd donc en finesse par rapport à l'analyse effectuée par le CDESC.

**396.** *Actualisation des exigences de la conception réformatrice du droit au travail ou statu quo ?* – La conception réformatrice du droit au travail endossée par le Comité dès les premiers cycles de contrôle impliquait déjà que les Etats développent, outre des politiques macro-économiques, des mesures dans le champ de la politique active de l'emploi afin de poursuivre la réalisation du droit au travail dans sa dimension de créance. Durant les Trente Glorieuses, l'accent était essentiellement mis sur le placement par les services publics de l'emploi qui doit permettre de réduire la durée du chômage d'appariement ainsi que sur les mesures qui doivent

permettre de maintenir le taux d'emploi pendant les périodes de ralentissement économique (lutte contre le chômage conjoncturel), telles que les programmes temporaires d'emploi, les travaux de secours ou encore les primes à l'emploi<sup>128</sup>. La traduction juridique de la conception réformiste du droit au travail passe par la reconnaissance d'un droit de recevoir de l'aide pour trouver un emploi convenable (cf. *supra*, n°88). Nous avons vu que ce droit demeure largement embryonnaire durant cette période. Suite aux évolutions du contexte socio-économique et à l'apparition du chômage de longue durée en Europe, le Comité a-t-il précisé le droit de recevoir de l'aide pour trouver un emploi ? A-t-il adapté les exigences qui découlent du droit au travail ou constate-t-on au contraire un *statu quo* ?

**397.** Pendant la période où il a renoncé à sa mission de contrôle, le Comité a progressivement délaissé la question des politiques macro-économiques. Il a par contre consacré un part toujours plus longue de ses conclusions à la description des mesures de l'emploi au sens strict développées par les Etats. A l'époque, son attention n'était pas focalisée sur les mesures développées dans le champ de la politique active de l'emploi. Le Comité rendait compte de l'ensemble des mesures mises en œuvre par les Etats, peu importe le registre dont elles ressortissaient. Il a ainsi relevé que les Etats adoptaient des mesures de partage de travail (politique passive de l'emploi)<sup>129</sup>, des réductions de cotisations sociales (politique parafiscale)<sup>130</sup> ou encore procédaient à des réformes du droit du travail afin de flexibiliser le marché du travail<sup>131</sup>. C'est lorsqu'il a repris sa mission de contrôle qu'il s'est concentré sur les mesures actives de l'emploi, les indicateurs y relatifs devenant décisifs dans son évaluation de l'application de l'article 1, §1.

Le Comité a expressément lié la focalisation sur les mesures actives à la transformation du chômage en un phénomène structurel et de longue durée. A plusieurs reprises, le Comité a insisté sur le fléau que constitue le chômage de longue durée en Europe. Dans ses conclusions X-2 (1988), il a relevé que le chômage apparaît « être à l'origine des phénomènes de nouvelle pauvreté constatée dans l'Europe occidentale »<sup>132</sup>. Dans ses conclusions XIV-1 (1998)<sup>133</sup>, qui,

---

<sup>128</sup> M. FREEDLAND, P. CRAIG, C. Jakqueson C. et N. KOUNTOURIS, « Active Labour Market Policies : Between 'Right to Work' and 'Workfare' », in *Public Employment Services and European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 200-201.

<sup>129</sup> Voy. *supra*, note de bas de page 105.

<sup>130</sup> Voy. à titre illustratif : C.E.D.S., Conclusions XIII-4 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1993 au 31 décembre 1994), Belgique, 30 septembre 1996 ; C.E.D.S., Conclusions XIII-5 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1994 au 31 décembre 1995), Portugal, 30 septembre 1997.

<sup>131</sup> Voy. à titre illustratif : C.E.D.S., Conclusions XIII-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1990 au 31 décembre 1991), Espagne, 31 décembre 1993 ; C.E.D.S., Conclusions XIII-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1990 au 31 décembre 1991), Espagne, 31 décembre 1993. Nous verrons ci-dessous que le Comité a exprimé à plusieurs reprises durant cette période des préoccupations par rapport au développement de statuts atypiques, de contrats précaires ou du travail à temps partiel non-volontaire (n°433).

<sup>132</sup> C.E.D.S., Conclusions X-2 relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1985 au 31 décembre 1986), Introduction générale, 30 juin 1988, p. 16.

<sup>133</sup> C.E.D.S., Conclusions XIV-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1994 au 31 décembre 1996), Introduction générale, 30 mars 1998, pp. 32-33.

pour rappel, préfigurent la reprise de sa mission de contrôle, il a souligné que, dans certains Etats parties, « les personnes au chômage depuis plus d'un an représentent plus de la moitié des chômeurs ». Il s'est déclaré « préoccupé par cette situation en raison des risques de marginalisation et d'exclusion sociale auxquels sont confrontés les chômeurs de longue durée, notamment parce que les travailleurs les plus concernés sont les moins qualifiés et les moins expérimentés ». Le Comité a constaté que, face à cette situation « (l)a plupart des Parties contractantes mènent des politiques actives de lutte contre le chômage comprenant des mesures visant à créer des emplois, des mesures d'orientation et de formation professionnelle, des encouragements à la mobilité géographique et professionnelle. Certains pays ont fait des efforts pour affecter au financement de mesures actives pour l'emploi des sommes consacrées au versement d'indemnités aux chômeurs ». Il a ensuite relevé « avec préoccupation que le pourcentage du PNB consacré à ces politiques était très faible dans certaines Parties contractantes malgré un chômage élevé et que parfois ce pourcentage était même en diminution bien que la situation de l'emploi n'ait pas connu d'amélioration significative ». Ces considérations l'ont conduit à fonder principalement son évaluation de l'application de l'article 1, §1 sur le développement de mesures actives du marché du travail.

A l'époque, le déploiement de ce type de mesures dans la lutte contre le chômage est largement promu dans d'autres cénacles internationaux (OCDE, OIT et UE)<sup>134</sup>. Le Comité peut par ailleurs s'appuyer sur un large consensus au sein des Etats parties quant à l'opportunité de développer ce type de mesures afin de lutter contre le chômage structurel et de longue durée<sup>135</sup>.

**398.** L'analyse du discours du Comité relativement à l'orientation et à la formation professionnelles (article 9 et 10 de la CSE) éclaire particulièrement le lien entre les transformations du contexte économique et international et le focus opéré sur les mesures actives de l'emploi sous l'article 1, §1. Lorsque la Charte a été adoptée, le droit à la formation professionnelle avait été essentiellement pensé, dans un contexte de quasi-plein emploi, à destination des jeunes, d'une part, en vue de préparer leur entrée sur le marché du travail et à destination des travailleurs, d'autre part, soit dans un objectif de formation continue, soit dans un objectif de recyclage. L'introduction générale des Conclusions VI est particulièrement évocatrice à cet égard : « la relation entre la formation professionnelle et l'emploi exige une véritable planification et un développement de l'enseignement, ayant non seulement pour but de préparer les jeunes à la vie active mais aussi de permettre aux adultes de s'adapter aux exigences d'une mobilité de l'emploi »<sup>136</sup>.

Avec l'apparition du chômage structurel et de longue durée et l'évolution sans cesse plus rapide des métiers et des qualifications demandées sur le marché du travail, l'orientation et la

---

<sup>134</sup> P. AUER, Ü. EFENDIOGLU et J. LESCHKE, *Active Labour market Policies around the World. Coping with the Consequences of Globalization*, Genève, Organisation internationale du travail, 2008, p. 6 et p. 10 ; R. L. SIEGEL, *Employment and Human Rights : the International Dimension*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1994, p. 94.

<sup>135</sup> R. L. SIEGEL, *Employment and Human Rights : the International Dimension*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1994, pp. 189-190.

<sup>136</sup> C.E.D.S., Conclusions VI relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1976 au 31 décembre 1977), Introduction générale, 30 novembre 1979, p. xii.



formation professionnelle deviennent également, aux yeux du Comité, des mesures essentielles à destination des chômeurs. Dans l'introduction générale de ses conclusions XIII-3, le Comité a spécifiquement mis en lumière le rôle central que l'orientation et la formation professionnelles sont appelées à jouer dans le nouveau contexte socio-économique<sup>137</sup>. Après avoir indiqué qu'il « a toujours attaché une grande importance à la formation professionnelle, laquelle permet tout à la fois de développer et d'améliorer les qualifications professionnelles et de stimuler la faculté d'adaptation des individus »<sup>138</sup>, le Comité a déclaré que :

« les actions dans ces domaines étaient devenues fondamentales dans le contexte européen actuel, non seulement pour lutter contre le chômage, mais aussi pour faire face au développement technologique et à la reconversion des industries ainsi que, dans les pays d'Europe centrale et orientale, à toutes les mutations liées à la période de transition »<sup>139</sup>.

Dans ce contexte, le Comité considère que « l'orientation professionnelle et davantage encore la formation professionnelle sont des facteurs nécessaires pour assurer l'adéquation entre l'offre et la demande de main-d'œuvre »<sup>140</sup>. Les mesures actives du marché du travail apparaissent alors comme des mesures de lutte contre le chômage structurel.

Cette position du Comité repose sur les connaissances engrangées sur les transformations des économies nationales ainsi que sur l'observation des perceptions et des pratiques des Etats face à ces évolutions. Le Comité note ainsi qu'« (a)ux premiers temps de la crise économique en Europe de l'Ouest, l'orientation et la formation professionnelles ont été perçues comme des remèdes au chômage croissant pour orienter les travailleurs vers des secteurs en expansion et leur donner la formation ou le recyclage nécessaires. Depuis, des changements profonds sont intervenus dans l'économie ». Le Comité pense notamment aux « évolutions technologiques qui ont totalement bouleversé le marché du travail en supprimant des emplois traditionnels et en créant des emplois exigeant d'autres qualifications »<sup>141</sup>. Il observe que les Etats font des efforts « afin d'adapter leur système d'orientation et de formation professionnelle aux mutations économiques »<sup>142</sup>. Il énumère différentes réformes entreprises par les Etats et note que ces derniers procèdent globalement à une diversification des services d'orientation professionnelle et de l'offre de formation et qu'ils augmentent par ailleurs les dépenses affectées à ces domaines<sup>143</sup>. C'est en contexte et en situation que le Comité affirme que l'orientation et la formation professionnelles sont devenus des facteurs de conversion clés en vue de réaliser le droit au travail.

---

<sup>137</sup> C.E.D.S., Conclusions XIII-3 relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1992 au 31 décembre 1993), Introduction générale, 30 novembre 1995, pp. 30-38.

<sup>138</sup> C.E.D.S., Conclusions XIII-3 relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1992 au 31 décembre 1993), Introduction générale, 30 novembre 1995, p. 30.

<sup>139</sup> C.E.D.S., Conclusions XIII-3 relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1992 au 31 décembre 1993), Introduction générale, 30 novembre 1995, p. 30.

<sup>140</sup> C.E.D.S., Conclusions XIII-3 relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1992 au 31 décembre 1993), Introduction générale, 30 novembre 1995, p. 30.

<sup>141</sup> C.E.D.S., Conclusions XIII-3 relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1992 au 31 décembre 1993), Introduction générale, 30 novembre 1995, p. 30.

<sup>142</sup> C.E.D.S., Conclusions XIII-3 relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1992 au 31 décembre 1993), Introduction générale, 30 novembre 1995, p. 30.

<sup>143</sup> C.E.D.S., Conclusions XIII-3 relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1992 au 31 décembre 1993), Introduction générale, 30 novembre 1995, pp. 30-32.

Lors de la révision de la Charte sociale européenne, la position du Comité a été confortée et encouragée par l'ajout d'un quatrième paragraphe à l'article 10 engageant les Etats, « en vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la formation professionnelle, à assurer ou à favoriser, en tant que de besoin, des mesures particulières de recyclage et de réinsertion des chômeurs de longue durée »<sup>144</sup>. D'après le rapport explicatif de la révision de la Charte, ce nouveau paragraphe a été ajouté afin que les Etats adoptent des mesures spéciales de recyclage et de réinsertion des chômeurs de longue durée, dès lors que « leurs possibilités de réintégrer le marché du travail sont particulièrement limitées »<sup>145</sup>.

**399.** Fort du consensus autour de la centralité des mesures actives de l'emploi, le Comité procède à certaines adaptations du droit supplétif de recevoir de l'aide pour trouver un emploi au regard des mutations du contexte socio-économique. Tout d'abord, son contenu évolue : il ne passe plus uniquement par l'accès gratuit à un service de placement et à des mesures d'orientation et de formation professionnelles ; il s'agit dorénavant du droit de bénéficier d'une mesure active de l'emploi. Pour rappel, ce terme générique inclut non seulement les mesures classiques susmentionnées mais également les mesures de rotation dans l'emploi, les aides à la création d'entreprises, les stages professionnels ou encore les emplois publics temporaires. Deuxièmement, les exigences qui découlent du droit sont progressivement précisées. Pas plus que le CDESC, le Comité ne considère que le droit de bénéficier d'une mesure active n'est porteur d'une obligation de résultat dans le chef des Etats. On relèvera qu'il s'intéresse tout de même aux expériences actuellement menées par les Etats qui visent à faire du droit de bénéficier d'une mesure active un véritable droit subjectif. Par ailleurs, à la différence du CDESC, le Comité a précisé les efforts que doivent accomplir les Etats dans le déploiement de mesures actives afin de réaliser progressivement le droit au travail. Il réduit la marge d'appréciation des Etats dans le déploiement de leur politique de l'emploi sur base de l'expérience des parties et de l'évaluation de la pertinence des mesures actives de l'emploi dans la poursuite du droit au travail librement choisi. Il précise ainsi non seulement le contenu mais également la portée de l'obligation de moyens de mise en œuvre du droit. Depuis la reprise du contrôle en 2002, le Comité sanctionne en effet l'insuffisance des dépenses en mesures actives au regard de la moyenne européenne et compte-tenu de la situation économique nationale ainsi que la baisse de dépenses exposées ou du taux d'activation qui ne serait pas corrélée à une diminution du chômage.

Outre les indicateurs, le Comité développe une liste de questions sur les mesures actives. Il demande aux Etats de décrire les différentes mesures et de faire part de leur efficacité dans la réinsertion dans l'emploi. Il interroge également les Etats sur le nombre moyen de bénéficiaires de ces mesures et sur « la durée du chômage précédant l'offre d'une mesure active » ou sur « l'intervalle entre l'inscription au chômage et l'offre d'une mesure active »<sup>146</sup>.

---

<sup>144</sup> Le Comité n'avait d'ailleurs pas manqué de relever, dans ses conclusions XIII-3, que « l'importance du lien entre formation et chômage de longue durée a(vait) (...) été soulignée par l'inclusion dans le projet de Charte révisée d'une disposition supplémentaire au sein de l'article 10 visant à assurer ou à favoriser des mesures « particulières » de recyclage et de réinsertion des chômeurs de longue durée ».

<sup>145</sup> Rapport explicatif à la Charte sociale européenne révisée, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1996, <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/163.htm> (site de la Charte sociale européenne).

<sup>146</sup> A titre illustratif : C.E.D.S., Conclusions 2012, C.E.D.S., Conclusions 2012 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne révisée de 1996 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2007 au 31

Le Comité s'informe sur les pratiques des Etats et l'information qu'il récolte pourrait l'amener à formuler de nouvelles balises relatives au droit des chômeurs de recevoir de l'aide pour trouver un emploi.

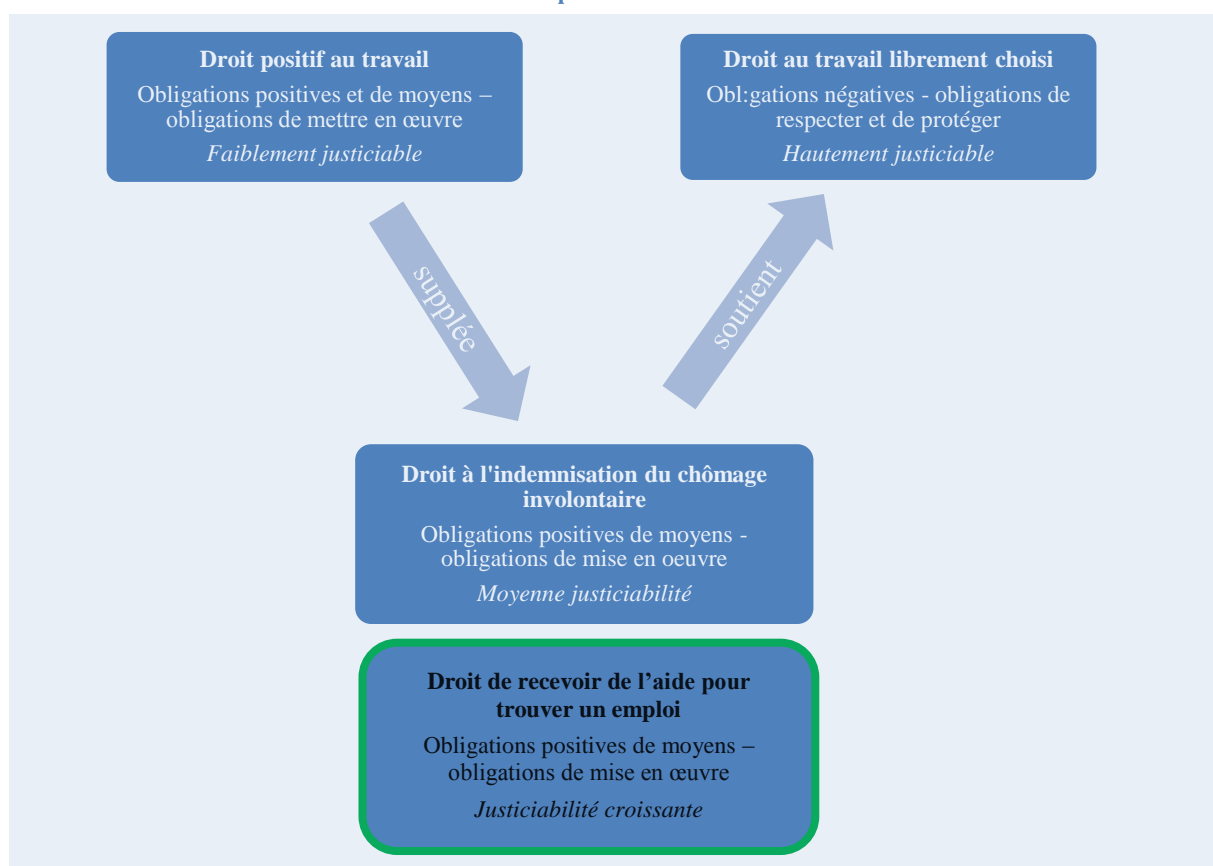
Les conclusions XVI-1 à l'égard du Royaume-Uni illustrent parfaitement les évolutions de la conception du droit au travail du Comité. Il y manifeste sa volonté que tous les chômeurs bénéficient à terme d'un droit individuel de recevoir de l'aide pour trouver un emploi au même titre qu'un droit à l'indemnisation du chômage. Le Royaume-Uni avait fait valoir qu'il concentrait les mesures actives de l'emploi sur les chômeurs de longue durée, exigeant de ses chômeurs qu'ils recherchent dans un premier temps activement un emploi et soient prêts à en accepter. Le Comité a considéré « qu'aussi longtemps que le chômage persiste, l'article 1§1 de la Charte fait obligation aux Etats de prendre des mesures en vue de veiller à ce que les chômeurs bénéficient d'une assistance appropriée – au-delà de la compensation financière – sous forme d'orientation, de formation, de subventions à l'emploi, etc ». Il a ensuite précisé que « l'assistance de ce type devrait en principe être offerte à tous les chômeurs et, sans fixer avec précision le moment où elle devrait intervenir, il faudrait qu'elle soit proposée suffisamment tôt pour empêcher autant que possible l'installation dans le chômage de longue durée ». Pour l'heure cependant, étant donné que l'emploi se maintient à un assez haut niveau et le chômage à un niveau relativement bas, la situation du Royaume-Uni ne semble pas poser de problème de conformité à l'article 1, §1 ». Sur ces considérations, il a demandé au Royaume-Uni de communiquer « l'intervalle qui s'écoule en moyenne entre l'inscription au chômage et l'offre d'une mesure active pour l'emploi »<sup>147</sup>.

---

décembre 2010), Albanie, Bosnie-Herzégovine, 7 décembre 2012 ; C.E.D.S., C.E.D.S., Conclusions 2008 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne révisée (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2005 au 31 décembre 2006), Albanie, Azerbaïdjan, Bulgarie, Géorgie, Italie, 24 octobre 2008 ; C.E.D.S., Conclusions XIX-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2005 au 31 décembre 2006), Lettonie, Pologne, Turquie, 24 octobre 2008 ; C.E.D.S., Conclusions XVIII-1 relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2001 au 31 décembre 2004), Autriche, Hongrie, Royaume-Uni, 30 octobre 2006 ; C.E.D.S., Conclusions 2006 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne révisée de 1996 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2003 au 31 décembre 2004), Albanie, 30 juin 2006 ; C.E.D.S., Conclusions XVII-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2001 au 31 décembre 2002), Belgique, Danemark, Grèce, Royaume-Uni, 28 février 2005.

<sup>147</sup> C.E.D.S., Conclusions XVI-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1999 au 31 décembre 2000), Royaume-Uni, 30 mai 2003.

**Encadré 36 - Le droit au travail dans la jurisprudence du CEDS –  
Actualisation de la conception réformatrice du droit au travail**



\*\*\*

**400.** En conclusion de cette première section, les organes chargés de contrôler l’application des pactes internationaux par les Etats parties sont conscients de l’impact des transformations du contexte économique et international (globalisation, évolution des technologies, restructurations,...) sur la réalisation du droit au travail. A travers leur jurisprudence relative au droit au travail, les organes internationaux n’encouragent pas le phénomène de l’activation dans son ensemble. Ils promeuvent une dimension spécifique de l’activation : l’augmentation des droits et/ou des services liés au travail au bénéfice des personnes sans emploi.

**401.** Cette variante de l’activation peut être aisément appréhendée à travers les différentes catégories et distinctions intellectuelles de la conception réformatrice. Il existe une continuité intellectuelle entre la dimension de l’activation passant par le développement de droits et/ou services liés au travail et la conception réformatrice du droit au travail, qui comprend un droit embryonnaire de recevoir de l’aide pour trouver un emploi convenable. Les outils intellectuels des organes internationaux leur permettent de saisir cette tendance de l’activation et de l’encourager.

**402.** Le CEDS s’appuie sur le consensus entourant la nécessité de développer les mesures actives de l’emploi pour faire face au chômage structurel. Sur cette base, il actualise les exigences de la conception réformatrice du droit au travail et précise progressivement les

obligations de moyens qui découlent du droit de recevoir de l'aide pour trouver un emploi. Le CDESC quant à lui n'approfondit pas sa jurisprudence sur les mesures ciblées de l'emploi. Son approche se distingue par ailleurs de celle du CEDS en ce qu'il accorde une attention particulière aux questions de non-discrimination et d'égalité dans l'accès à l'emploi. Il n'encourage pas, de manière générale, le développement de mesures actives pour l'emploi en faveur des personnes sans emploi ; il identifie les catégories de population spécialement touchées par le chômage et demande aux Etats de développer des mesures ciblées qui soient adaptées à leur profil et aux entraves économiques et sociales à leur intégration sur le marché du travail (par exemple des mesures de quotas pour les femmes et des stages professionnels pour les jeunes).

## **Section 2. Quid des variantes coercitives de l'activation développées par les Etats au nom du droit au travail ?**

**403.** La jurisprudence internationale relative au droit au travail promeut les mesures d'activation qui développent les droits et/ ou les services liés au travail en vue de poursuivre la réalisation du droit au travail dans le nouvel environnement économique et international. Face à la crise d'inefficacité qui traverse le modèle réformiste d'après-guerre de réalisation du droit au travail, les Etats ne se limitent toutefois pas à adopter ce type de mesures d'activation. Nous avons vu dans le chapitre 3 du premier titre que d'autres variantes de l'activation peuvent être identifiées dans la pratique des Etats. Afin de lutter contre le chômage, ces derniers, encouragés par l'OCDE ou encore par l'Union européenne, prennent également des mesures qui renforcent la contrainte juridique et/ou la contrainte économique au travail des personnes sans emploi (cf. *supra*, n°212-230).

**404.** Dans cette section, nous examinons la réaction de la jurisprudence internationale face à la mise en œuvre de politiques nationales coercitives d'activation. Les organes internationaux perçoivent-ils le développement d'une pratique coercitive de l'activation à travers les catégories intellectuelles de la conception réformiste du droit au travail ? Le cas échéant, valident-ils cette approche de l'activation ? Autrement dit, considèrent-ils les mesures coercitives de d'activation comme un moyen adéquat de poursuite de la réalisation du droit au travail ? Edictent-ils des normes minimales entourant leur développement ? La jurisprudence du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CDESC) relative à l'article 6 du PIDESC et la jurisprudence du Comité européen des droits sociaux (CEDS) relative à l'article 1, §1 de la CSE sont successivement examinées.

### **§1. La jurisprudence du CDESC relative à l'article 6 du PIDESC**

**405.** Sous l'article 6 du PIDESC, le CDESC édicte des exigences procédurales relatives à l'élaboration et à la mise en œuvre de la politique de l'emploi visant à réaliser le droit au

travail au sein des Etats. Suivant la terminologie utilisée dans le cadre heuristique développé au titre 2, le Comité encourage « la structuration externe d'un processus d'autorégulation interne »<sup>148</sup> (procédures d'évaluation et participation des acteurs concernés). Le développement de mesures d'activation coercitives est encadré par le CDESC à travers les exigences procédurales générales qu'il édicte relativement à l'élaboration des politiques nationales de l'emploi (a.). A travers les catégories intellectuelles de la conception réformiste du droit au travail, le Comité ne parvient toutefois pas à saisir la tendance des Etats à développer des mesures d'activation coercitives au nom du droit au travail. Il ne procède dès lors pas à une évaluation substantielle de ces expériences menées par les Etats au regard de l'objectif que constitue la réalisation du droit au travail (b).

#### a. La structuration externe d'un processus d'autorégulation interne

**406.** En application de l'article 6, les Etats doivent, selon le Comité, mettre en œuvre une politique nationale visant à ce que chacun puisse « exercer dès que possible son droit au travail »<sup>149</sup>. S'il promeut le développement de mesures d'activation qui développent les droits, les services ou les opportunités liés au travail au bénéfice des personnes sans emploi, nous avons vu que le Comité reconnaît « une certaine latitude » aux Etats dans le choix des mesures à prendre qui semblent les plus adaptées à sa situation propre<sup>150</sup>. L'élaboration de la politique de l'emploi soulève en effet des préoccupations de légitimité démocratique et de compétences importantes. Dans l'observation générale sur le droit au travail, la partie relative à la mise en œuvre au niveau national du droit au travail se concentre dès lors principalement sur des exigences procédurales à l'élaboration et à la mise en œuvre de la politique nationale de l'emploi<sup>151</sup>. Lorsque les réformes coercitives d'activation prennent place dans le cadre de la politique de l'emploi déployées par les Etats, les balises procédurales développées par le CDESC leur sont applicables. Nous explicitons ces balises ci-dessous.

**407.** *La participation des acteurs concernés à l'élaboration de la politique de l'emploi* - Le Comité insiste tout d'abord sur l'implication des partenaires sociaux. Il considère que « la négociation collective revêt une importance fondamentale dans la formulation de politiques de l'emploi »<sup>152</sup>. Mais il exhorte plus largement les Etats à associer les différents groupes issus de la société civile intéressés par la problématique de l'emploi :

« La formulation et l'application de stratégies nationales pour l'emploi devraient se faire en respectant intégralement les principes de responsabilité, de transparence et de participation des groupes intéressés. Le droit des individus et des groupes de participer à la

---

<sup>148</sup> Suivant l'expression empruntée à Jean De Munck ( « Vers un nouveau paradigme du droit, in F. Eymard-Duvernay (dir.), *L'économie des conventions, méthodes et résultats*, Tome 1, Paris, La Découverte, 2006, p. 253).

<sup>149</sup> C.D.E.S.C., Observation générale n°18 relative au droit au travail, *op. cit.*, §37.

<sup>150</sup> C.D.E.S.C., Observation générale n°18 relative au droit au travail, *op. cit.*, §37.

<sup>151</sup> En ce sens, voy. également : B. SAUL, D. KINLEY et J. MOWBRAY, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Commentary*, ..., *op. cit.*, pp. 371-372.

<sup>152</sup> C.D.E.S.C., Observation générale n°18 relative au droit au travail, *op. cit.*, §39.

prise de décisions devrait faire partie intégrante de toute politique, de tout programme et de toute stratégie ayant pour objet de donner effet aux obligations incombant à l'État partie au titre de l'article 6.

La promotion de l'emploi passe aussi par la participation effective de la collectivité et, plus particulièrement, des associations de défense des droits des travailleurs et des syndicats à la définition de priorités, à la prise de décisions, à la planification, à la mise en œuvre et à l'évaluation de la stratégie visant à promouvoir l'emploi »<sup>153</sup>.

**408.** Cette exigence procédurale s'appuie sur l'article 3 de la Convention n°122 sur la politique de l'emploi de l'OIT, lequel dispose :

« Dans l'application de la présente convention, les représentants des milieux intéressés par les mesures à prendre, et en particulier les représentants des employeurs et des travailleurs, devront être consultés au sujet des politiques de l'emploi, afin qu'il soit pleinement tenu compte de leur expérience et de leur opinion, qu'ils collaborent entièrement à l'élaboration de ces politiques et qu'ils aident à recueillir des appuis en faveur de ces dernières ».

On voit très bien, à travers cette disposition, que l'implication des acteurs concernés dans la définition des politiques de l'emploi vise à multiplier les éclairages et les connaissances dans le domaine de l'emploi afin d'élaborer la politique de l'emploi la plus adéquate possible dans la poursuite du plein emploi productif et librement choisi. Par un élargissement de l'assise démocratique de la politique de l'emploi, cette exigence procédurale doit également permettre d'assurer un plus large soutien à sa mise en œuvre. La participation des partenaires sociaux et de la société civile à l'élaboration de la politique de l'emploi doit ainsi rendre l'action de l'Etat plus efficace dans la poursuite de la réalisation du droit au travail (plus grande effectivité du droit).

**409.** Le Comité invite également les Etats à associer à l'élaboration de leur politique de l'emploi les experts des questions d'emploi ainsi que les organisations internationales disposant de compétences dans la matière. Au terme du paragraphe 40 de l'observation générale sur le droit au travail, « les organismes et programmes des Nations Unies devraient, à la demande des États parties, prêter leur concours à la rédaction et à l'examen de la législation pertinente. L'OIT, par exemple, dispose de compétences considérables et a accumulé une somme de connaissances concernant la législation dans le domaine de l'emploi »<sup>154</sup>. La multiplication des apports de connaissances et des points de vue à la définition de la politique de l'emploi doit permettre d'informer le Comité sur le caractère raisonnable de la politique menée par les Etats dans la poursuite du plein.

**410.** *La mise en place de procédures internes d'évaluation de la politique de l'emploi* - Le Comité appelle par ailleurs les Etats à développer des procédures d'évaluation de leur politique de l'emploi. Les Etats doivent rechercher « le meilleur rapport coût-efficacité » dans l'utilisation des ressources disponibles afin d'atteindre leur objectif en termes de lutte contre

<sup>153</sup> C.D.E.S.C., Observation générale n°18 relative au droit au travail, *op. cit.*, §42.

<sup>154</sup> C.D.E.S.C., Observation générale n°18 relative au droit au travail, *op. cit.*, §39.

le chômage et de réalisation du droit au travail<sup>155</sup>. Les mécanismes mis en place doivent permettre aux Etats parties d'évaluer l'efficacité de leur politique dans la poursuite « de la réalisation du droit à un travail librement choisi ou accepté »<sup>156</sup>. A cette fin, les Etats sont invités à établir des indicateurs ainsi que des critères permettant de mesurer la réalisation du droit au travail. L'observation générale relative au droit au travail dispose en ce sens :

« Une stratégie nationale pour l'emploi doit définir des indicateurs et critères relatifs au droit au travail. De tels indicateurs devraient être conçus pour permettre de suivre à l'échelle nationale comment l'État s'acquitte de ses obligations au regard de l'article 6, et s'appuyer sur les indicateurs internationaux retenus par l'OIT comme le taux de chômage, le taux de sous-emploi et le rapport entre travail déclaré et travail non déclaré. Les indicateurs que l'OIT a mis au point pour l'établissement des statistiques du travail peuvent être utiles lors de l'élaboration d'un plan national pour l'emploi.

Après avoir défini des indicateurs bien adaptés sur le droit au travail, les États parties sont invités à définir en outre, à l'échelle nationale, des critères liés à chaque indicateur. Pendant l'examen du rapport périodique, le Comité procédera à une sorte d'étude de portée avec l'État partie. C'est-à-dire que le Comité et l'État partie examineront ensemble les indicateurs et les critères nationaux définissant les objectifs à atteindre au cours de la période faisant l'objet du rapport suivant. Pendant les cinq années qui suivront, l'État partie pourra utiliser ces critères nationaux pour mieux contrôler la mise en œuvre du droit au travail. Puis, lors de l'examen du rapport ultérieur, l'État partie et le Comité verront si les critères ont été ou non remplis et pour quelles raisons des difficultés ont peut-être surgi. En outre, lorsqu'ils établissent leurs critères et leurs rapports, les États parties devraient faire appel aux nombreux services d'information et services consultatifs des institutions spécialisées pour la collecte et la ventilation de données »<sup>157</sup>.

Selon le Comité, les procédures d'évaluation mises en place au sein des Etats parties doivent permettre « de cerner les facteurs et les difficultés faisant obstacle à l'exécution de leurs obligations et de faciliter l'adoption de mesures correctrices d'ordre législatif et administratif, notamment de mesures pour s'acquitter des obligations que leur imposent le paragraphe 1 de l'article 2 et l'article 23 du Pacte »<sup>158</sup>. L'évaluation de l'efficacité des politiques menées au regard de l'objectif que constitue le droit au travail doit ainsi permettre de mettre en évidence les lacunes ou l'inefficacité des mesures déployées par les Etats et conduire à l'adaptation constante des politiques nationales de l'emploi en vue d'un rapprochement progressif de l'objectif de réalisation du droit au travail.

Le Comité considère que « le fait de ne pas contrôler la réalisation du droit au travail à l'échelle nationale, par exemple, en définissant les indicateurs et les critères permettant de

---

<sup>155</sup> C.D.E.S.C., Observation générale n°18 relative au droit au travail, *op. cit.*, §41.

<sup>156</sup> C.D.E.S.C., Observation générale n°18 relative au droit au travail, *op. cit.*, §45.

<sup>157</sup> C.D.E.S.C., Observation générale n°18 relative au droit au travail, *op. cit.*, §46 et 47.

<sup>158</sup> C.D.E.S.C., Observation générale n°18 relative au droit au travail, *op. cit.*, §41.



vérifier si le droit au travail est exercé » constitue un manquement à l'obligation de mettre en œuvre le droit au travail<sup>159</sup>.

**411.** On précisera encore que le Comité est attentif à ce que les acteurs concernés par la question du droit au travail ne soient pas uniquement impliqués au stade de l'élaboration de la politique de l'emploi mais également aux différentes phases de mise en place et, ensuite, de mise en œuvre de la procédure de suivi et de contrôle de l'efficacité des politiques menées au regard de l'objectif de réalisation progressive du droit au travail. Le Comité engage les Etats à « associer la société civile, y compris des experts des questions du travail, le secteur privé et les organisations internationales »<sup>160</sup>

**412.** *La participation des personnes sans emploi au débat démocratique* –Le Comité est attentif à la capacité des personnes sans emploi à participer au débat démocratique relatif à la concrétisation et à la réalisation du droit au travail.

Au stade de l'élaboration et de l'évaluation de la politique nationale de l'emploi, leur voix devrait être portée par les syndicats et la société civile (comportant éventuellement des associations de défense des intérêts des chômeurs). La représentation de leurs intérêts à travers des organisations doit permettre de remédier aux inégalités délibératives qui les affectent individuellement. Nous avons toutefois vu qu'il fallait être attentif à ce que les organisations représentent effectivement les intérêts de leurs membres (cf. *supra*, n°342). On relèvera à ce propos le risque que les syndicats, dans la continuité de leur mission historique, tendent à se concentrer sur la défense des conditions de travail et de rémunération des travailleurs (droit *du* travail des *insiders*) et à peu se préoccuper de la lutte pour l'accès à l'emploi des personnes sans emploi (droit *au* travail des *outsiders*)<sup>161</sup>.

Par ailleurs, le Comité encourage les Etats à développer, en aval, un droit à contestation *ex post* aux victimes d'un manquement de l'Etat aux obligations découlant du droit au travail (en ce compris des obligations de mise en œuvre). Ces dernières doivent « avoir accès à des recours effectifs, judiciaires ou autres, au niveau national » et obtenir, le cas échéant, « une réparation adéquate, qui peut être la restitution, l'indemnisation, la satisfaction ou la garantie que la violation ne se reproduira pas ». Ce droit procédural vise à développer le droit-capacité des personnes sans emploi à participer au débat démocratique relatif au droit au travail et aux obligations concrètes qui en découlent. Dans ce cadre, le Comité encourage les Etats à incorporer les instruments internationaux reconnaissant le droit au travail dans leur ordre juridique interne ou à reconnaître leur applicabilité directe afin que les tribunaux soient « habilités à se prononcer sur les violations du contenu essentiel du droit au travail en invoquant directement les obligations découlant du Pacte »<sup>162</sup>. Le Comité apparaît attentif aux inégalités délibératives qui affectent les chômeurs. Afin de les réduire, il invite les juges, dans son observation générale, à jouer un rôle proactif afin de déceler les éventuelles violations du

<sup>159</sup> C.D.E.S.C., Observation générale n°18 relative au droit au travail, *op. cit.*, §36.

<sup>160</sup> C.D.E.S.C., Observation générale n°18 relative au droit au travail, *op. cit.*, §38.

<sup>161</sup> Sur les relations entre syndicats et chômeurs en Belgique, voy. J. FANIEL, *Les syndicats, le chômage et les chômeurs. Raisons et évolution d'une relation*, Thèse de doctorat en sciences politiques, 2006.

<sup>162</sup> C.D.E.S.C., Observation générale n°18 relative au droit au travail, *op. cit.*, §49.

droit au travail<sup>163</sup>. Il indique par ailleurs que les Etats doivent non seulement « respecter » mais également « protéger » « le travail des défenseurs des droits de l'homme et des autres membres de la société civile, en particulier des syndicats, qui aident les individus et groupes défavorisés et marginalisés à exercer leur droit au travail »<sup>164</sup>.

**413.** *Le CDESC, catalyseur de l'expérience* - A travers ces exigences procédurales, le Comité entend assumer une des fonctions propres à l'approche expérimentaliste des fonctions de la jurisprudence internationale : il veut catalyser l'expérience. Il souhaite engager les Etats dans un processus réflexif de définition et de re-définition de la politique de l'emploi la plus adaptée afin de réaliser le droit au travail. Il laisse aux Etats une large marge d'appréciation dans l'élaboration de la politique de l'emploi mais il les invite à s'engager dans un débat avec les acteurs concernés sur la meilleure manière de réaliser le droit au travail. Les balises procédurales doivent en outre conduire à ce que la politique de l'emploi puisse être constamment remise en cause, adaptée et affinée, sur base de l'expérience des acteurs, afin de coller au plus près à l'objectif du plein emploi librement choisi.

Nous avons mis en avant que le premier risque d'une approche procéduraliste consiste dans l'accaparement de la parole par la frange de la population la mieux équipée pour faire porter sa voix dans le débat (cf. n°X). Le Comité semble chercher à contrecarrer ce risque. Il développe des droits procéduraux (droit à la consultation et en aval, droit à la contestation) visant à ce que les acteurs puissent effectivement participer au débat démocratique (*capability for voice*). Il accorde une attention particulière à ce que les intérêts des personnes sans emploi, qui souffrent d'inégalités délibératives, soient mis en évidence et pris en considération. Le Comité évite ainsi le premier écueil de l'expérimentalisme démocratique. Les balises procédurales qu'il développe doivent permettre d'éviter que le débat sur les droits ne se fasse au profit des classes les plus avantagées et n'emporte avec lui une conception idéologique des droits, antinomique avec l'ambition de départ de l'expérimentalisme démocratique qui est de favoriser l'expression des différentes convictions morales et politiques.

**414.** On relèvera encore que, parmi les informations demandées dans les directives relatives aux rapports étatiques, un certain nombre porte sur les exigences procédurales contenues dans l'observation générale sur le droit au travail. Les Etats doivent notamment transmettre des informations sur les procédures d'évaluation mises en place afin de suivre les progrès accomplis dans la réalisation de chacun des droits du Pacte, les recours utiles dont disposent les victimes d'un manquement aux obligations qui découlent des droits ou encore l'incorporation et l'applicabilité directe des différents droits, en citant, à l'appui, la jurisprudence nationale pertinente<sup>165</sup>. Au regard du contenu de l'observation générale relative au droit au travail et des directives générales relatives à l'établissement des rapports périodiques, il est dès lors assez étonnant de constater que le Comité s'est jusqu'à présent très peu penché sur ces exigences dans ses observations finales sur les rapports périodiques des

---

<sup>163</sup> C.D.E.S.C., Observation générale n°18 relative au droit au travail, *op. cit.*, §50.

<sup>164</sup> C.D.E.S.C., Observation générale n°18 relative au droit au travail, *op. cit.*, §51.

<sup>165</sup> C.D.E.S.C., Directives concernant les rapports spécifiques que les Etats parties doivent soumettre conformément aux articles 16 et 17 du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, E/C.12/2008/2, 24 mars 2009, §3, b), d) et e).

Etats. Il n'exprime ni préoccupations, ni recommandation sur l'implication des acteurs concernés dans l'élaboration, la mise en œuvre et l'évaluation de la politique de l'emploi. En ce qui concerne la mise en place de procédures d'évaluation, il demande aux Etats, qui n'en disposent pas, de mettre en place un système de récolte de données statistiques sur le chômage dans les différentes catégories de population<sup>166</sup> et il interroge les Etats sur les résultats des mesures ciblées de l'emploi, ce qui implique indirectement qu'ils aient mis en place une procédure d'évaluation de la politique de l'emploi<sup>167</sup>. A l'occasion, il demande qu'il soit procédé à une évaluation régulière de l'impact des mesures ciblées et éventuellement à leur révision en fonction des résultats de l'évaluation<sup>168</sup>.

**415.** Il faut maintenant vérifier si le Comité évite le deuxième écueil de l'expérimentalisme démocratique. Si la jurisprudence internationale se cantonne dans un rôle procédural et valide les expériences d'activation des personnes sans emploi menées par les Etats sur le seul fait que les exigences procédurales ont été respectées, un glissement s'opérerait vers une acception relativiste des droits. Afin que l'approche expérimentaliste démocratique porte ses promesses démocratiques, il faut que le Comité, dans un second temps, évalue les expérimentations menées par les Etats dans le domaine de l'emploi au regard des principes démocratiques et de l'esprit du droit au travail. L'étape d'évaluation et d'actualisation des normes minimales qui découlent du droit au travail est essentielle à l'apprentissage collectif qui constitue l'objectif du processus d'expérimentations et qui doit permettre d'assurer concrètement une meilleure effectivité du droit au travail.

---

<sup>166</sup> Voy. à titre illustratif : C.D.E.S.C., Observations finales concernant les quatrième et cinquième rapports périodiques du Royaume des Pays-Bas, E/C.12/NLD/CO/4-5, §16 : « Le Comité constate avec préoccupation que le taux de chômage à Aruba et dans les îles des anciennes Antilles néerlandaises demeure élevé. Il déplore aussi l'absence de statistiques sur le sous-emploi dans l'Etat partie (art. 6 et 2, §2). Le Comité renouvelle sa recommandation consistant à engager l'Etat partie à redoubler d'efforts pour lutter contre le chômage, en particulier à Aruba et dans les îles des anciennes Antilles néerlandaises. Il recommande à l'Etat partie de tenir compte de son Observation générale n°18 (2005) sur le droit au travail lors de l'adoption et de la mise en œuvre de sa politique de l'emploi. Il le prie aussi de donner, dans son prochain rapport périodique, des statistiques sur l'emploi et le sous-emploi, ventilées par pays constitutif, sexe, origine ethnique et situation économique et sociale, portant sur les cinq années précédant la soumission du rapport ».

<sup>167</sup> Voy. à titre illustratif : C.D.E.S.C., Observations finales concernant le troisième rapport périodique de la Hongrie, E/C.12/HUN/CO/3, 16 janvier 2008, §35 ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant le troisième rapport périodique de la Belgique, E/C.12/BEL/CO/3, 4 janvier 2008, §30 ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la Suède, E/C.12/SWE/CO/5, 1<sup>er</sup> décembre 2008, §19 (« Le Comité constate avec préoccupation que le taux de chômage des personnes handicapées est encore plus élevé que le taux moyen de chômage (art. 6 et 2.2). Conformément à son Observation générale n°5 (1994) relative aux personnes souffrant d'un handicap, le Comité demande instamment à l'Etat partie d'évaluer et de revoir les mesures adoptées pour s'assurer que les personnes handicapées bénéficient de chances égales d'avoir un emploi productif et rémunérateur, ainsi que leur mise en œuvre »).

<sup>168</sup> Voy. à titre illustratif : C.D.E.S.C., Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de la Belgique, E/C.12/BEL/CO/4, 23 décembre 2013, §12 : « Le Comité recommande à l'Etat partie de : a) (...) ; b) renforcer l'impact de ses plans et politiques spécifiques visant à réduire le taux de chômage des migrants ressortissants de pays hors de l'Union européenne. Le Comité demande à l'Etat partie de lui fournir dans son prochain rapport des informations statistiques détaillées sur l'impact des mesures prises sur la réduction du chômage et de procéder à leur évaluation régulière. Le Comité appelle l'attention de l'Etat partie sur son observation générale n°18 (2005) sur le droit au travail ».

b. La non-perception de la tendance des Etats à renforcer la contrainte au travail en vue de réaliser le droit au travail

**416.** Dans la section de leur rapport périodique dédié à l'article 6, les Etats ne mentionnent généralement pas les mesures d'activation coercitives qu'ils adoptent en vue d'augmenter le taux d'emploi<sup>169</sup>. Nous verrons dans le paragraphe suivant que les Etats qui sont par ailleurs parties à la Charte sociale européenne font par contre valoir ce type de mesures dans leurs rapport relatifs à l'application de l'article 1, §1 de la Charte (droit au travail – plein emploi). Sous l'article 6 du PIDESC, les Etats décrivent essentiellement les mesures d'activation qui accroissent les droits ou les services liés au travail à destination des personnes sans emploi ou de catégories particulières de personnes sans emploi. Nous avons pourtant vu que le texte de l'article 6, §1, consacrant le droit au travail, est large et ouvert. Le deuxième paragraphe ne contient pas de liste exhaustive des mesures à prendre et des politiques à mener en vue de poursuivre la réalisation du droit au travail. Comment expliquer que les Etats ne fassent pas valoir l'ensemble des mesures qu'ils adoptent dans la lutte contre le chômage ? Une hypothèse peut être avancée. Les directives générales relatives à la forme et au contenu des rapports contiennent des demandes d'informations précises sous l'article 6 du Pacte. En ce qui concerne les personnes sans emploi, elles portent exclusivement sur les mesures actives du marché du travail. Or, nous avons vu que les mesures qui renforcent la contrainte économique ou juridique au travail ne relèvent pas du champ de la politique active de l'emploi ; ces mesures sont mises en œuvre dans d'autres champs politiques, à savoir la politique fiscale et la sécurité sociale. On relèvera à ce propos que les réformes en matière de sécurité sociale qui visent à renforcer le devoir juridique de travailler des bénéficiaires de prestations sociales sont par contre parfois mentionnées par les Etats dans leurs rapports sous l'article 9 consacrant le droit à la sécurité sociale<sup>170</sup>. Il en est de même des mesures fiscales adoptées par les Etats en vue d'inciter les chômeurs à prendre un emploi. Le crédit d'impôt est alors présenté, parmi les

---

<sup>169</sup> Nous n'avons identifié qu'un contre-exemple : la Nouvelle-Zélande a fait état en 2011, « dans les principales initiatives pour l'avenir » entreprises en vue de réaliser le droit au travail, de réformes de la loi sur la sécurité sociale et de la loi sur l'impôt afin d'instituer le programme « Working for Families », comprenant notamment, suivant la description qui en est faite par le gouvernement, « des incitations financières ciblées pour permettre à certaines personnes de trouver un emploi et de le conserver » (Troisième rapport périodique de la Nouvelle-Zélande sur l'application du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, E/C.12/NZL/3, 17 janvier 2011, p. 13, §55). Ce programme passe plus précisément par l'introduction de différents types de crédits d'impôt, c'est-à-dire le développement de mesures fiscales renforçant la contrainte économique au travail (cf. *supra*, n°217). La Nouvelle-Zélande mentionne également l'introduction du programme « Working New Zealand: Work Focused Support », en 2007, qui conditionne plus fortement l'octroi de l'aide sociale à des obligations liées au travail (renforcement de la contrainte économique au travail). La Nouvelle-Zélande a également fait état de ces différentes réformes sous l'article 9 du PIDESC relatif au droit à la sécurité sociale (p. 39 et s.). Dans ses observations finales sur le troisième rapport de la Nouvelle-Zélande, le Comité n'a toutefois pas envisagé ses réformes au regard de l'article 6 du pacte ; il les a uniquement examinées sous l'article 9 dédié à la sécurité sociale.

<sup>170</sup> Voy. à titre illustratif : Troisième rapport périodique de la Nouvelle-Zélande sur l'application du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, E/C.12/NZL/3, 17 janvier 2011, p. 39 et s.

différents types de prestations sociales, comme une « prestation fiscale pour le revenu du travail »<sup>171</sup>.

**417.** Le Comité appréhende les politiques d'activation à travers les catégories et les distinctions intellectuelles de la conception réformiste du droit au travail, dans laquelle le droit au travail, dans sa dimension de créance, est réalisé à travers des politiques macro-économiques et des politiques actives du marché du travail. A travers ces lunettes, il ne peut envisager que la politique fiscale ou la sécurité sociale puissent jouer un rôle dans la poursuite du plein emploi. Dans cette conception, la sécurité sociale réalise le droit à la sécurité sociale, qui est un droit supplétif au droit au travail ; elle protège le droit au travail librement choisi et n'est pas conçue comme un instrument d'augmentation du taux d'emploi. Les demandes d'informations ne sont pas suffisamment ouvertes et elles ne permettent pas au Comité de prendre connaissance des mesures d'activation - autres que les mesures actives du marché du travail – prises par les Etats au nom du droit au travail. Le phénomène lui échappe purement et simplement. Il ne se prononce dès lors pas sur le caractère approprié de ces mesures dans la poursuite de la réalisation du droit au travail. Il ne développe pas de normes minimales substantielles à leur développement. On relèvera, à ce stade qu'à quelques rares occasions, le Comité a examiné les réformes entreprises par les Etats en vue de renforcer la contrainte au travail sous l'angle du droit au travail. Il n'a pas envisagé la question de savoir si ces mesures étaient susceptibles d'être considérées comme un moyen de réaliser le droit au travail (droit comme but, conception conséquentialiste). Il les a uniquement envisagées comme des atteintes potentielles au droit au travail librement choisi (droit comme limite, conception déontologiste). Cet angle d'analyse est abordé dans le second chapitre.

**418.** Il aurait pourtant été intéressant de voir comment le CDESC aurait évalué ces expériences au regard de la réalisation du droit au travail. En effet, au contraire du CEDS dont la jurisprudence est développée dans le paragraphe suivant, le CDESC ne scinde pas la dimension de créance du droit au travail de sa dimension de liberté. Dans le langage de l'approche par les capacités, il appréhende le droit au travail comme un droit-but et un droit-capacité, la réalisation duquel dépend à la fois de la protection de la liberté dans sa dimension de possibilité et dans sa dimension de choix. Le Comité met en exergue dans l'observation générale sur le droit au travail que les mesures adoptées par les Etats en vue de se conformer aux obligations de mise en œuvre qui découlent du droit au travail doivent avoir pour objectif de sécuriser progressivement l'accès pour tous (dimension de possibilité) à un travail librement choisi (dimension de choix)<sup>172</sup>. Le Comité précise que « le travail tel qu'énoncé à l'article 6 du Pacte doit pouvoir être qualifié de travail décent ». Il définit ensuite la notion de travail décent développée par l'OIT depuis 1991. Il s'agit d'un travail qui respecte les droits fondamentaux parmi lesquels figurent l'interdiction du travail forcé et le droit au travail

---

<sup>171</sup> Voy. à titre illustratif : Troisième rapport périodique de la Nouvelle-Zélande sur l'application du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, E/C.12/NZL/3, 17 janvier 2011, p. 39 et s. ; Sixième rapport périodique du Canada sur l'application du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, E/C.12/CAN/6, 23 avril 2014, p. 25.

<sup>172</sup> C.D.E.S.C., Observation générale n°18 relative au droit au travail, *op. cit.*, §1, §4 et §45. Dans le quatrième paragraphe, le Comité s'appuie sur la Convention n°122 de l'OIT sur la politique de l'emploi, laquelle « évoque le 'plein emploi, productif et librement choisi', liant l'obligation de l'État partie de créer les conditions du plein emploi à l'obligation de veiller à l'absence de travail forcé ».

librement choisi. Le travail doit également respecter les droits du travailleur à des conditions de travail justes et favorables (article 7 du Pacte), le droit de former des syndicats (article 8 du Pacte) et le droit d'accéder à la sécurité sociale (article 9 du Pacte)<sup>173</sup>.

Afin de « suivre les progrès accomplis dans la voie de la réalisation du droit à un travail librement choisi ou accepté », nous avons vu que le Comité demande aux Etats, dans son observation générale relative au droit au travail, de mettre en place une procédure d'évaluation basée sur des indicateurs<sup>174</sup>. Il les renvoie aux indicateurs de l'OIT qui visent à mesurer les progrès réalisés dans l'accès pour tous à un travail décent et productif. Ces indicateurs ne portent pas uniquement sur la dimension quantitative de l'emploi mais également sur ses dimensions qualitative et distributive. Parmi les indicateurs clés du marché du travail, figurent non seulement le taux de chômage et le taux d'activité de la main d'œuvre mais également le statut dans l'emploi, le travail à temps partiel, l'emploi des jeunes, le salaire mensuel moyen,... Nous verrons dans le deuxième paragraphe que les indicateurs de résultats mobilisés par le CEDS pour évaluer la conformité des situations nationales à l'article 1, §1 portent par contre uniquement sur la dimension quantitative de l'emploi.

Le Comité est particulièrement attentif à ce que la poursuite de la hausse du taux d'emploi ne se solde pas par une précarisation des emplois<sup>175</sup>. Cette considération cadre avec l'approche par les capacités suivant laquelle la liberté de choix dépend de l'existence d'options ou d'alternatives de valeur. Dans ses observations finales, le Comité a fréquemment exprimé des préoccupations à l'égard de la tendance des Etats à flexibiliser le travail en vue de lutter contre le chômage. A titre illustratif, dans ses observations finales à l'égard du troisième rapport périodique de la France, il a constaté avec inquiétude « qu'en raison de l'utilisation massive de contrats d'emploi à temps partiel, d'emploi temporaire et d'emploi à durée déterminée, de nombreux travailleurs, en particulier des jeunes, des parents seuls et des personnes sans qualification professionnelle, n'ont pas de sécurité d'emploi et touchent le salaire minimum légal (...), qui ne leur permet pas, ainsi qu'à leur famille, d'avoir un niveau de vie acceptable. Le Comité est particulièrement préoccupé par le fait que ce sont surtout des femmes qui occupent des emplois temporaires, à temps partiel et faiblement rémunérés »<sup>176</sup>. Dans ses observations, le Comité recommande dès lors aux Etats d'adopter des mesures efficaces « pour limiter autant que possible le recours à des contrats d'emplois temporaires »<sup>177</sup> et de veiller à ce que les emplois créés soient protégés par les normes du travail (articles 7 et 8 du Pacte) et ouvrent accès à la protection sociale (article 9 du Pacte)<sup>178</sup> (droits-contraintes).

---

<sup>173</sup> C.D.E.S.C., Observation générale n°18 relative au droit au travail, *op. cit.*, §7 et §12.

<sup>174</sup> C.D.E.S.C., Observation générale n°18 relative au droit au travail, *op. cit.*, §45.

<sup>175</sup> Voy. not. : C.D.E.S.C., Observation générale n°18 relative au droit au travail, *op. cit.*, §25.

<sup>176</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant le troisième rapport périodique de la France, E/C.12/FRA/CO/3, 9 juin 2008, §17.

<sup>177</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant le deuxième rapport périodique de la Slovaquie, E/C.12/SVN/CO/2, 15 décembre 2014, §16.

<sup>178</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant le quatrième rapport périodique du Portugal, E/C.12/PRT/CO/4, 8 décembre 2014, §10 ; C.D.E.S.C., Observations finales concernant le troisième rapport périodique de la France, E/C.12/FRA/CO/3, 9 juin 2008, §37 et §48.

## *§2. La jurisprudence du CEDS relative à l'article 1, §1 du CEDS*

Le CEDS marque un intérêt progressivement plus marqué, sous l'article 1, §1 de la CSE, au processus d'élaboration et de mise en œuvre de la politique de l'emploi au sein des Etats (a.). A la différence du CDESC, il perçoit la tendance des pays industrialisés à développer des mesures d'activation coercitives en vue de renouer avec l'objectif du plein emploi (b.). Il valide l'ensemble des mesures d'activation menées par les Etats sous l'article 1, §1, à partir du moment où elles s'inscrivent dans la poursuite du plein emploi, peu importe leur répercussion sur la liberté des individus de choisir leur emploi. Sous l'article 1, §1, il opère une scission entre les deux dimensions du droit au travail : il appréhende le droit dans sa seule dimension de créance, sans avoir égard à sa dimension de liberté (c).

### *a. L'émergence d'exigences procédurales*

**419.** Le CEDS a progressivement institué ces dernières années des exigences procédurales qui doivent présider à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques nationales de l'emploi. Le développement de mesures d'activation coercitives doit être effectué dans le respect de ces exigences. La première obligation processuelle porte sur la consultation des partenaires sociaux au stade de l'adoption et de l'application des politiques de l'emploi ; la seconde sur l'organisation, au sein des Etats, de procédures d'évaluation de l'efficacité des politiques de l'emploi mises en œuvre.

**420.** *La consultation des partenaires sociaux lors de l'élaboration et de la mise en œuvre de la politique de l'emploi* - Nous avons vu que l'article 3 de la Convention n°122 de l'OIT sur la politique de l'emploi engage les Etats à consulter les acteurs intéressés, et en particulier les représentants des travailleurs et des employeurs, pour l'élaboration des politiques de l'emploi. Alors que le Comité se réfère généralement à la Convention n°122 afin de concrétiser les exigences qui découlent de l'article 1, §1, il ne s'est pas engagé sur cette question dans ses conclusions dans un premier temps<sup>179</sup>. Les partenaires sociaux étaient pourtant associés à l'élaboration de la politique de l'emploi, à différents degrés certes, dans de nombreux Etats parties à la Charte. C'est suite à la remise en cause progressive du principe et des mécanismes de consultation tripartite au Royaume-Uni dans les années 1980 que le Comité a indiqué pour la première fois, en 1993, que l'article 1, §1 de la Charte contenait une exigence de consultation des partenaires sociaux dans l'élaboration de la politique de l'emploi<sup>180</sup>. Le Comité a fait référence aux observations de la Commission pour l'application des conventions et des recommandations de l'OIT (CEACR) de 1992 et de 1993, dans lesquelles cette dernière

<sup>179</sup> Tout au plus, a-t-il relevé, dans ses conclusions IX-2 de 1990, que l'Autriche avait fait valoir, dans son rapport, qu'elle veillait, dans l'élaboration des mesures de l'emploi, au « développement du dialogue avec les employeurs pour identifier les besoins » (C.E.D.S., Conclusions IX-2 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1987 au 31 décembre 1988), Autriche, 30 septembre 1990).

<sup>180</sup> Sur ces considérations, voy. également : Conseil de l'Europe, *Emploi, orientation et formation professionnelles dans la Charte sociale européenne*, op. cit., pp. 19-20.

avait exprimé des préoccupations quant à l'application effective de l'article 3 de la Convention de l'OIT. Le Comité européen s'est également déclaré préoccupé par « l'absence de dialogue constructif entre le TUC (Congrès des Syndicats) et le gouvernement et il a demandé que « le prochain rapport indique quelles mesures ont été prises pour assurer qu'aient lieu la consultation et la coopération nécessaires »<sup>181</sup>.

Par l'entremise du BIT, le Comité a été averti, lors du cycle de contrôle suivant, du « mécontentement (de la Confédération des syndicats turcs) face aux mesures adoptées par le gouvernement afin d'améliorer la situation de l'emploi ». Dans ce cadre, le Comité a confirmé que « la consultation des organisations patronales et syndicales revêt une grande importance dans l'élaboration et la mise en œuvre d'une politique visant des niveaux d'emploi stables et élevés ». Il a dès lors demandé que « le prochain rapport fournisse des informations sur les procédures de consultation avec les partenaires sociaux à tous les niveaux »<sup>182</sup>.

Durant cette période, le Comité avait renoncé, pour rappel, à se prononcer sur la conformité des situations nationales au regard de l'article 1, §1 de la Charte. Il n'a donc pas adopté de conclusions de non-conformité à l'égard du Royaume-Uni ou de la Turquie. Le choix des mots qu'il opère – il dit notamment que la coopération et la consultation sont « nécessaires » ou encore qu'elles revêtent « une grande importance » - révèle toutefois qu'il estime qu'il s'agit d'une exigence procédurale centrale dans l'application de l'article 1, §1 de la Charte.

**421.** En 2002, lors de la reprise du contrôle de l'application de l'article 1, §1 de la Charte, le Comité a conforté cette hypothèse, en ajournant sa conclusion à l'égard de la Roumanie, dans l'attente d'informations sur le fait qu' « une grande partie de la législation (serait) approuvée sans consultation appropriée des partenaires sociaux ». A cette occasion, le Comité a rappelé qu' « à ses yeux, la consultation des organisations patronales et syndicales revêt une grande importance dans l'élaboration et la mise en œuvre d'une politique visant des niveaux d'emploi stables et élevés », en renvoyant à ses conclusions relatives au Royaume-Uni et à la Turquie<sup>183</sup>.

**422.** Depuis lors, le Comité semble avoir délaissé cette question procédurale, l'évaluation de l'application de l'article 1, §1 procédant essentiellement d'une analyse des indicateurs d'efforts, lesquels portent sur la substance de la politique de l'emploi. A plusieurs reprises, le

---

<sup>181</sup> C.E.D.S., Conclusions XIII-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1990 au 31 décembre 1991), Royaume-Uni, 31 décembre 1993. Voy. également : C.E.D.S., Conclusions XIV-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1994 au 31 décembre 1996), Royaume-Uni, 30 mars 1998 : « Le Comité apprend dans une annexe au rapport que les syndicats et les employeurs bénéficient d'un statut particulier au Royaume-Uni en ce qui concerne les consultations et les arrangements administratifs en matière d'emploi. Il souhaite toutefois être informé dans les prochains rapports des mesures précises qui sont prises pour garantir les consultations et la coopération nécessaires avec les partenaires sociaux dans la formulation et la mise en œuvre de la politique de l'emploi ». Et également : C.E.D.S., Conclusions XV-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1997 au 31 décembre 1998), Royaume-Uni, 31 mars 2000.

<sup>182</sup> C.E.D.S., Conclusions XIV-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1994 au 31 décembre 1996), Turquie, 30 mars 1998.

<sup>183</sup> C.E.D.S., Conclusions 2002 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne révisée (1996) (période du 1<sup>er</sup> janvier 1999 au 31 décembre 2000), Roumanie, 31 mars 2002.



Comité a mentionné dans ses conclusions que certains gouvernements faisaient état dans leurs rapports de la mise en place de mécanismes de consultation des partenaires sociaux en matière de politique de l'emploi<sup>184</sup>. Au cours des derniers cycles, il n'a toutefois pas adressé aux Etats la moindre demande de précisions sur le sujet.

**423.** La question est par contre plus spécifiquement envisagée par le Comité sous l'angle de l'article 6, §1 de la Charte, lequel engage les Etats « à favoriser la consultation paritaire entre travailleurs et employeurs », « en vue d'assurer l'exercice effectif du droit de négociation collective ». Suivant une jurisprudence bien établie du Comité, la consultation doit porter sur « toutes les questions d'intérêt mutuel », parmi lesquelles figurent évidemment l'ensemble des politiques ayant un impact sur l'emploi<sup>185</sup>.

Soulignons enfin que l'implication des partenaires sociaux dans l'élaboration de la politique de l'emploi fait l'objet d'une attention spécifique dans les domaines de l'organisation des services de l'emploi, de l'orientation et de la formation professionnelle et ce, sous les articles 1, §3 (services de l'emploi) et l'article 10 (formation professionnelle) de la Charte.

En ce qui concerne l'article 1, §3 de la Charte, le Comité a adopté une observation interprétative dès le premier cycle de contrôle de l'application de la Charte suivant laquelle la disposition oblige chaque Etat « non seulement à créer ou à maintenir de tels services dans l'ensemble de son territoire national, mais aussi à en assurer le bon fonctionnement et, le cas échéant, le contrôle, en collaboration avec les partenaires sociaux »<sup>186</sup>. Suivant le Comité, l'implication des partenaires sociaux dans l'organisation et le fonctionnement des services de l'emploi est « nécessaire ». Le Comité évoque la raison suivante : « les organisations de travailleurs et d'employeurs ont de par leur nature une connaissance particulière de l'offre et de la demande d'emploi et sont bien placés pour identifier les besoins réels de service. La non-participation des partenaires sociaux rendrait pour le moins difficile l'existence de services de placement efficaces »<sup>187</sup>. L'exigence de consultation des partenaires sociaux dans le domaine de la formation professionnelle est quant à elle explicitement prévue dans le texte de l'article 10, dans les paragraphes 1 et 5 (le paragraphe 5 correspondant au paragraphe 4 dans la version de 1961 de la Charte). Sous les articles 1, §3 et 10 de la Charte, le Comité a formulé à de nombreuses reprises des demandes d'informations relatives à la consultation des

---

<sup>184</sup> Voy. not. : C.E.D.S., Conclusions XVI-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1999 au 31 décembre 2000), Pologne, 30 mai 2003 ; C.E.D.S., Conclusions XVI-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1999 au 31 décembre 2000), Chypre, 30 mai 2003 ; C.E.D.S., Conclusions 2004 relatives à l'application de la Charte sociale européenne révisée de 1996 (période de référence du 1<sup>er</sup> novembre 2000 au 31 décembre 2002), Chypre, 31 mai 2004 ; C.E.D.S., Conclusions 2012 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne révisée de 1996 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2007 au 31 décembre 2010), Albanie, 7 décembre 2012 ; C.E.D.S., Conclusions 2012 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne révisée de 1996 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2007 au 31 décembre 2010), Andorre, 7 décembre 2012.

<sup>185</sup> Secrétariat du Comité européen des droits sociaux, Digest de jurisprudence du Comité européen des droits sociaux, *op. cit.*, p. 57.

<sup>186</sup> C.E.D.S., Conclusions I relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961, Observation interprétative relative à l'article 1, §3, 31 mai 1969.

<sup>187</sup> C.E.D.S., Conclusions XIV-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1994 au 31 décembre 1996), Introduction générale, 30 mars 1998, p. 42.

partenaires sociaux et a adopté des conclusions provisoirement positives, voire ajourné ses conclusions dans l'attente des réponses des gouvernements. Le Comité n'a toutefois à ce jour jamais fondé de conclusion de non-conformité à ces dispositions sur ce motif<sup>188</sup>.

**424.** A la différence du CDESC, le CEDS n'insiste pas sur l'implication d'autres acteurs que les partenaires sociaux dans le processus d'élaboration des politiques de l'emploi. Il a tout au plus dernièrement soulevé, dans ses conclusions de 2012, que la Lettonie avait fait valoir, dans son rapport sur l'application de l'article 1, §1 de la Charte, que « les mesures d'intervention sur le marché du travail sont mises en œuvre sur la base des études, prévisions et évaluations établies par des spécialistes, des organismes publics, des chercheurs universitaires, des institutions non gouvernementales, des experts internationaux et des organisations internationales »<sup>189</sup>.

**425.** *La mise en place de procédures d'évaluation de la politique de l'emploi* - Jusqu'en 2012, le Comité se préoccupait peu de la mise en place au sein des Etats de procédures de suivi et d'évaluation de la politique de l'emploi mise en œuvre. Pour rappel, il s'agit au contraire d'un élément central de la jurisprudence du CDESC, sous l'article 6 du PIDESC. Tout au plus, le système de contrôle sur base d'indicateurs adopté par le Comité depuis 2002 implique que les Etats mettent en place un système de récolte de données afin de pouvoir fournir au Comité les statistiques nécessaires à l'évaluation des politiques de l'emploi. A défaut de transmission de ces données, le Comité considère en effet qu'« il n'est pas établi, faute d'informations, que les efforts menés au titre des politiques de l'emploi soient suffisants pour lutter contre le chômage et favoriser la création d'emplois » et adopte une conclusion de non-conformité<sup>190</sup>. Le Comité demande également aux Etats de communiquer des informations sur les résultats des mesures actives de l'emploi.

---

<sup>188</sup> En ce qui concerne l'action jurisprudentielle du Comité relative à l'article 1, §3 (services de l'emploi), voy. : C.E.D.S., Conclusions XIII-3 relatives à l'application de l'article 1, §3 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1992 au 31 décembre 1993), Espagne et Royaume-Uni, 30 novembre 1995 ; C.E.D.S., Conclusions XIV-1 relatives à l'application de l'article 1, §3 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1994 au 31 décembre 1996), Espagne, Royaume-Uni et Turquie, 30 mars 1998 ; C.E.D.S., Conclusions XVII-1 relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2001 au 31 décembre 2002), Royaume-Uni, 28 février 2005. En ce qui concerne l'article 10 (formation professionnelle), voy. : C.E.D.S., Conclusions XII-1 relatives à l'application de l'article 10, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1988 au 31 décembre 1989), Royaume-Uni, 30 septembre 1991 ; C.E.D.S., Conclusions XIV-2 relatives à l'application de l'article 10, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1992 au 31 décembre 1996), Turquie, 30 novembre 1998 ; C.E.D.S., Conclusions XVIII-1 relatives à l'application de l'article 10, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2001 au 31 décembre 2004), Royaume-Uni, 31 octobre 2006 ; C.E.D.S., Conclusions XIV-2 relatives à l'application de l'article 10, §5 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 22 juillet 2004 au 31 décembre 2007), Royaume-Uni, 2 janvier 2010. Pour une analyse plus complète de la jurisprudence relative à ces dispositions sur la question spécifique de la participation des partenaires sociaux, voy. Conseil de l'Europe, *Emploi, orientation et formation professionnelles dans la Charte sociale européenne...*, op. cit., pp. 65-66 et pp. 132-134.

<sup>189</sup> C.E.D.S., Conclusions 2012 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne révisée de 1996 (période de référence du 1<sup>er</sup> juillet 2007 au 31 décembre 2010), Lituanie, 7 décembre 2012.

<sup>190</sup> Voy., à titre illustratif : C.E.D.S., Conclusions 2012 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne révisée de 1996 (période de référence du 1<sup>er</sup> juillet 2007 au 31 décembre 2010), Pays-Bas Aruba, 7 décembre 2012 ; C.E.D.S., Conclusions 2012 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne révisée de 1996 (période de référence du 1<sup>er</sup> juillet 2007 au 31 décembre 2010), Géorgie, 7 décembre 2012.

Le Comité souhaite toutefois obtenir ces informations (statistiques relatives à la politique de l'emploi et résultats des mesures) pour procéder à sa propre évaluation et il ne s'inquiétait pas, jusqu'il y a peu, qu'il soit également procédé à une évaluation en interne. Une évolution importante dans la jurisprudence du Comité pourrait toutefois intervenir sur ce point. Lors du dernier contrôle de l'application de l'article 1, §1, en 2012, le Comité a introduit une demande d'informations à ce sujet, formulée de manière quasiment similaire, et à l'égard de la très grande majorité des Etats parties. Il a rappelé que « les mesures en faveur de l'emploi doivent être ciblées, pertinentes et faire l'objet d'un suivi régulier » et leur a, à cet égard, demandé d'indiquer « s'il est procédé à un suivi des politiques de l'emploi mises en œuvre et comment est évaluée leur efficacité »<sup>191</sup>.

**426.** En conclusion, le Comité manifeste un certain intérêt à la mise en place d'exigences procédurales visant à stimuler le débat au sein des Etats, éclairé par différents points de vue, sur la politique de l'emploi la plus adaptée en vue de se conformer au prescrit de l'article 1, §1. Il se préoccupe toutefois peu de la possibilité concrète des premiers acteurs concernés, à savoir les personnes sans emploi, à faire entendre leur voix dans ce débat (droit-capacité à participer au débat démocratique), si ce n'est par l'entremise des syndicats dont la consultation est exigée. Cette exigence n'apparaît toutefois pas suffisante dans la mesure où, à l'intérieur des syndicats, les intérêts des travailleurs risquent de s'opposer aux intérêts des personnes exclues du marché du travail, et où ces dernières jouissent, pour des facteurs historiques, institutionnels et sociologiques, d'un pouvoir de négociation peu important dans l'élaboration des positions syndicales<sup>192</sup>.

#### b. La perception de la tendance des Etats à renforcer la contrainte au travail en vue de réaliser le droit au travail

**427.** Les lignes directrices relatives à l'établissement des rapports nationaux sont formulées de manière beaucoup plus large et ouverte en ce qui concerne l'application de l'article 1, §1 de la CSE, que ne le sont les demandes d'informations relatives à l'article 6 du PIDESC dans les directives générales relatives à la rédaction des rapports périodiques (cf., *supra*, n°378). Nous avons vu dans la première section que le formulaire pour l'établissement de rapports relatifs à l'application de la Charte contient des demandes d'informations relatives aux « mesures actives de l'emploi » (cf. *supra*, n°388) mais il est également demandé aux Etats, de manière plus générale, « de décrire la politique nationale de l'emploi et le cadre juridique général » et « d'en spécifier la nature, les raisons et l'étendue de toute réforme ». Les Etats sont en outre invités à « indiquer les mesures prises (règlements administratifs, programmes,

---

<sup>191</sup> C.E.D.S., Conclusions 2012 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne révisée de 1996 (période de référence du 1<sup>er</sup> juillet 2007 au 31 décembre 2010), Autriche, 7 décembre 2012. Voy. également, à titre exemplatif, les conclusions du même cycle à l'égard de l'Albanie, de l'Arménie, de la Belgique, de la Bosnie-Herzégovine, de la Bulgarie, de la Croatie, de la Lettonie, de l'Italie ou encore de la Slovaquie.

<sup>192</sup> A ce sujet, voy. : J. FANIEL, *Les syndicats, le chômage et les chômeurs. Raisons et évolution d'une relation*, Thèse de doctorat en sciences politiques, 2006.

plans d'action, projets, etc.) pour mettre en œuvre le cadre juridique »<sup>193</sup>. Pour rappel, par politique nationale de l'emploi, le Comité ne vise pas uniquement les mesures de l'emploi au sens strict mais plus généralement l'ensemble des mesures qui participent de la poursuite du plein emploi (cf. *supra*, n°365).

Par ailleurs, le Comité européen des droits sociaux formule des questions et des demandes d'informations dans ses conclusions, qui lui permettent d'entrer en dialogue avec les Etats sur des points précis. Il s'agit parfois d'une demande de compléments d'information sur une réforme mentionnée par l'Etat dans son rapport, visant à ce que le Comité en saisisse tous les ressorts. Les questions peuvent également être exploratoires : le Comité, averti d'une pratique qui se développe dans certains Etats parties à travers la procédure de rapports, peut demander à un autre Etat s'il développe également ce type de mesure<sup>194</sup>. A travers la formulation ouverte des lignes directrices relatives à l'établissement des rapports et le développement d'une pratique de questionnements ponctuels et contextualisés, le Comité prend connaissance des différentes évolutions du contexte socio-économique et des évolutions dans les conceptions politiques du droit au travail.

**428.** Via les rapports relatifs à l'application de l'article 1, §1 de la Charte, le Comité est ainsi informé des différentes tendances qui traversent la dynamique générale d'activation au sein des Etats européens, en ce compris ses variantes coercitives. Il se penche ainsi, d'une part, sur les mesures d'activation qui renforcent la contrainte juridique au travail et, d'autre part, sur celles qui accroissent la contrainte économique au travail.

En ce qui concerne la première catégorie, il examine notamment des réformes qui conditionnent l'octroi de prestations sociales à la participation à des mesures actives du marché du travail, telles que l'accompagnement dans la recherche d'emploi, la formation, les stages professionnels ou encore des programmes de travail. A titre illustratif, le Comité a noté, dans ses conclusions XIV-1 de 1998, que « la Finlande expliqu(ait) la baisse plus prononcée du chômage chez les jeunes par la modification en 1995 de la loi régissant les mesures de soutien au marché de l'emploi. Depuis, l'octroi de l'indemnité de soutien aux jeunes de moins de 20 ans est subordonnée à leur participation à une formation professionnelle ou à des stages »<sup>195</sup>. Il a encore relevé, dans ses conclusions XIV-1 de 1998, que le Danemark avait mentionné, dans son rapport, que les mesures d'insertion (telles que les plans d'action individuels, les formations professionnelles ou encore les emplois de lancement) « sont fondées sur le principe fondamental selon lequel les droits entraînent des obligations pour les chômeurs »<sup>196</sup>. Le Comité saisit également la tendance des Etats à réformer leurs systèmes de

---

<sup>193</sup> Formulaires pour l'établissement de rapports à présenter en application de la Charte sociale européenne de 1961 et de la Charte sociale européenne révisée de 1996, adoptés par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 26 mars 2008, Strasbourg, 31 mars 2008, [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/ReportForms/FormIndex\\_fr.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/ReportForms/FormIndex_fr.asp) (site du Conseil de l'Europe).

<sup>194</sup> Le CDESC peut également poser des questions sur les rapports étatiques (liste de points). Relativement à l'article 6 du PIDESC, ces questions portent toutefois essentiellement sur les mesures ciblées de l'emploi promues par le Comité et leur impact.

<sup>195</sup> C.E.D.S., Conclusions XIV-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1994 au 31 décembre 1996), Finlande, 30 mars 1998.

<sup>196</sup> C.E.D.S., Conclusions XIV-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1994 au 31 décembre 1996), Danemark, 30 mars 1998. Dans la même

prestations de chômage et d'assistance sociale afin s'assortir l'obligation générale de disponibilité pour le marché de l'emploi d'une obligation de rechercher activement du travail et ce, dans le but de promouvoir l'emploi. Il a ainsi relevé dans ses conclusions XVI-1 de 2003 que le Royaume-Uni « (avait) fait état, en réponse à la recommandation du Conseil de l'Europe, du 'caractère actif de son système de prestations de chômage, qui exige de leurs bénéficiaires qu'ils recherchent activement et acceptent un emploi' »<sup>197</sup>. Dans les conclusions XVIII-1 de 2006 relative à l'article 1, §1, il apparaît par ailleurs que la Belgique a réformé son système d'assurance chômage en 2004 pour y insérer une nouvelle obligation de recherche active d'emploi<sup>198</sup>. Le Comité se penche enfin sur les mesures visant à lutter contre la fraude sociale, notamment par le renforcement des sanctions en cas de perception frauduleuse des prestations. A titre exemplatif, le Comité a noté, dans ses conclusions de 2004, que le Pays-Bas « s'attache également à lutter contre la fraude à la sécurité sociale ». Il poursuit en mentionnant le « Plan d'action pour l'avenir » qui « impose aux municipalités d'informer les allocataires des obligations en contrepartie des prestations, ainsi que des éventuelles sanctions en cas d'obtention induue »<sup>199</sup>.

**429.** Le Comité perçoit donc la tendance des Etats à renforcer la contrainte juridique au travail dans les systèmes de prestations de chômage et d'assistance chômage en vue de promouvoir l'emploi et de raccrocher avec l'objectif du plein emploi. Il saisit également l'autre variante coercitive de l'activation des personnes sans emploi, qui passe par l'accroissement de la contrainte économique au travail. Pour rappel, cette variante comprend deux sous-ensembles de mesures : les mesures qui limitent la générosité des prestations sociales et les mesures qui rendent le travail peu qualifié plus rémunérateur. Le Comité est conscient que certains Etats choisissent de réduire la générosité des prestations de chômage ou de l'assistance sociale en vue d'encourager le retour au travail des chômeurs. A titre illustratif, dans ses conclusions XVI-2 de 2004 à l'égard de la République slovaque, le Comité a noté que « (d)'après le rapport, le gouvernement a aménagé le « système d'aide matérielle » aux chômeurs afin de le rendre plus « motivant » ; il a ainsi fait en sorte que les revenus tirés du travail soient plus attrayants que ceux provenant de l'assistance sociale »<sup>200</sup>. Dans ses conclusions XV-1 de 2000, après avoir mentionné les différentes mesures actives du marché du travail mises en œuvre en Suède, le Comité a constaté que « ces mesures s'accompagnent d'un renforcement des conditions d'ouverture du droit aux prestations de chômage, ce qui signifie que l'assurance chômage ne sera plus que transitoire, et que la possibilité pour les chômeurs de refuser un

---

ligne, le Comité relèvera encore, dans ses conclusions XV-1 de 2000, que « le Danemark indique, dans son rapport, que sa politique de l'emploi est axée sur « la promotion du principe de corrélation entre le droit et l'obligation d'exercer un emploi » (C.E.D.S., Conclusions XV-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1997 au 31 décembre 1998), Danemark, 31 mars 2000.

<sup>197</sup> C.E.D.S., Conclusions XVI-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1999 au 31 décembre 2000), Royaume-Uni, 30 mai 2003.

<sup>198</sup> C.E.D.S., Conclusions XVIII-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2001 au 31 décembre 2004), Belgique, 30 octobre 2006.

<sup>199</sup> C.E.D.S., Conclusions 2004 relatives à l'application de la Charte sociale européenne révisée de 1996 (période de référence du 1<sup>er</sup> novembre 2000 au 31 décembre 2002), Pays-Bas, 31 mai 2004.

<sup>200</sup> C.E.D.S., Conclusions XVI-2 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 21 juillet 2000 au 21 juillet 2002), République slovaque, 30 juin 2004.

emploi sera soumise à des règles plus strictes »<sup>201</sup>. Enfin, le Comité a relevé que, parmi « les axes prioritaires de la politique néerlandaise de l'emploi » définis pour l'année 2002, le gouvernement souhaite « tendre vers une politique active d'intervention sur le marché du travail ». Dans ce cadre, « (il) estime nécessaire de faire en sorte qu'à l'avenir, la politique d'intervention sur le marché du travail permette de réduire la dépendance sociale et d'attirer davantage de travailleurs vers les emplois non subventionnés »<sup>202</sup>. Le Comité prend par ailleurs note, dans ses conclusions relatives à l'article 1, §1, que plusieurs Etats réduisent la durée maximale d'octroi des prestations de chômage afin d'accroître la pression économique sur les chômeurs à accepter un emploi. Dans ses conclusions XV-1 de 2000, il note ainsi que le Danemark a réduit « la période de soutien à 4 ans »<sup>203</sup>. Il relève également, dans ses conclusions XVI-2 de 2004, que la Hongrie a ramené la durée maximale d'indemnisation du chômage de 12 à 9 mois<sup>204</sup>.

Les Etats font également valoir le développement de mesures fiscales visant à ce que les chômeurs aient intérêt à exercer une activité plutôt qu'à percevoir des prestations sociales. A titre illustratif, le Comité a relevé, dans ses conclusions de 2002, que le rapport de l'Irlande, dans sa partie dédiée à l'application de l'article 1, §1, « fai(sait) (...) état des initiatives visant à mieux récompenser le travail, avec notamment une réforme fiscale privilégiant les crédits d'impôt et une individualisation de l'imposition qui atténue le poids de la fiscalité sur les bas salaires »<sup>205</sup>. Il a noté, dans ses conclusions XVIII-1 de 2006, que la Belgique mobilisait également l'outil fiscal du crédit d'impôt<sup>206</sup>, afin d'inciter les chômeurs à rentrer sur le marché du travail. Enfin, il a noté, dans ses conclusions XVII-1 de 2005 qu'« afin de rendre le travail financièrement intéressant », le Royaume-Uni procédait à la fois à des réformes des systèmes de prestations sociales et à des réformes fiscales<sup>207</sup>.

**430.** A la différence du CDESC, le Comité est en prise avec les évolutions des politiques nationales menées en faveur de l'emploi. Il perçoit les différentes formes qu'emprunte la

<sup>201</sup> C.E.D.S., Conclusions XV-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1997 au 31 décembre 1998), Suède, 31 mars 2000.

<sup>202</sup> C.E.D.S., Conclusions 2004 relatives à l'application de la Charte sociale européenne révisée de 1996 (période de référence du 1<sup>er</sup> novembre 2000 au 31 décembre 2002), Pays-Bas, 31 mai 2004.

<sup>203</sup> C.E.D.S., Conclusions XV-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1997 au 31 décembre 1998), Danemark, 31 mars 2000.

<sup>204</sup> C.E.D.S., Conclusions XVI-2 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 21 juillet 2000 au 21 juillet 2002), Hongrie, 30 juin 2004.

<sup>205</sup> C.E.D.S., Conclusions 2002 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne révisée de 1996 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1999 au 31 décembre 2000), Irlande, 31 mars 2002.

<sup>206</sup> C.E.D.S., Conclusions XVIII-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2001 au 31 décembre 2004), Belgique, 30 octobre 2006.

<sup>207</sup> C.E.D.S., Conclusions XVII-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2001 au 31 décembre 2002), Royaume-Uni, 28 février 2005. Voy. également : les conclusions à l'égard de ce pays : « le Comité a noté que le Gouvernement avait adopté un certain nombre de mesures pour aider les chômeurs, prévoyant notamment de (...) lancer des mesures « actives » pour aider les chômeurs à trouver un emploi et de s'assurer que chacun ait davantage intérêt à exercer une activité plutôt que de percevoir des indemnités de chômage » (Conclusions XIII-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1990 au 31 décembre 1991), Royaume-Uni, 31 décembre 1993).

dynamique générale d'activation des personnes sans emploi qui traverse les Etats européens depuis le début des années 1990, en ce compris ses variantes coercitives.

c. La scission entre la dimension de possibilité du droit au travail et la dimension de choix

**431.** Il s'agit maintenant d'examiner si le Comité considère les mesures d'activation coercitives comme un moyen adéquat de poursuivre la réalisation du plein emploi, au regard de l'article 1, §1 de la Charte. Nous avons vu, dans la méthode d'évaluation sur base d'indicateurs développée par le Comité, que le critère essentiel d'évaluation de la conformité des situations nationales à cette disposition réside dans la mise en œuvre des mesures actives de l'emploi appropriées au regard de la situation économique nationale et de la moyenne européenne. Ce critère ne permet pas de distinguer selon que la participation aux mesures actives soit obligatoire ou non dans le chef des bénéficiaires de prestations de chômage ou de l'assistance sociale. Rendre la participation à une mesure active obligatoire génère des coûts qui sont probablement inclus par les Etats dans leurs dépenses en mesures actives. A titre exemplatif, on pourrait imaginer qu'un Etat comptabilise les dépenses générées par l'engagement de fonctionnaires en vue de contrôler la participation des chômeurs à un stage professionnel. Par ailleurs, les mesures qui conditionnent l'octroi des prestations à l'accomplissement d'une mesure active vont de pair avec un accroissement du taux d'activation des personnes sans emploi et génèrent donc des coûts. Les indicateurs relatifs aux mesures actives n'opèrent *a priori* pas de distinction selon que la participation à la mesure active soit libre ou contrainte. Ces indicateurs ne permettent par ailleurs pas de baliser le développement des autres types de mesures coercitives, telles que la diminution du montant ou de la durée d'octroi des prestations, le renforcement de l'obligation de disponibilité au travail ou encore l'octroi de crédits d'impôt.

Dans ses conclusions relatives à l'article 1, §1 de la Charte, le Comité prend note des différentes mesures d'activation adoptées par les Etats en vue de se conformer au prescrit de l'article 1, §1, en ce compris des mesures coercitives dont il ne promeut pas le développement. Nous examinons, dans ce point, si le Comité procède à une évaluation des solutions adoptées au sein des Etats au regard de l'objectif que constitue la réalisation du droit au travail (droit-but, caractérisé par une dimension de possibilité et une dimension de choix). Face au développement par les Etats des variantes coercitives de l'activation, le Comité affine-t-il ses critères d'évaluation du respect de l'article 1, §1 ? Identifie-t-il progressivement des normes minimales substantielles à leur développement ?

**432.** *La validation des variantes coercitives de l'activation sous l'article 1, §1 de la Charte* - Le Comité entame généralement ses conclusions relatives à l'application de l'article 1, §1 par l'énonciation des objectifs que les gouvernements ont déclaré poursuivre, dans leur rapport étatique, à travers leur politique de l'emploi. Ces objectifs sont variés et font écho aux explications distinctes du chômage qui sous-tendent chacune des trois variantes de l'activation (sur la mise en lien des trois dimensions de l'activation avec des explications des causes du chômage, cf. *supra*, n°212-237).

Le Comité note ainsi que certains Etats cherchent à accroître la flexibilité du travail ou à inciter les demandeurs d'emploi à rejoindre le marché du travail<sup>208</sup>. Cet objectif repose sur l'idée que le chômage est lié à des allocations sociales trop élevées qui engendreraient du chômage volontaire (explication néo-libérale du chômage) ainsi qu'une contraction de la demande de travail (explication néo-keynésianiste du chômage) (sur ces explications du chômage, cf. *supra*, n°212-214). Suivant cette vision, la lutte contre le chômage passe notamment par le développement de mesures d'activation qui renforcent la contrainte économique au travail.

Le Comité relève que d'autres Etats font plutôt valoir la lutte contre la dépendance sociale ou contre la fraude à la sécurité sociale<sup>209</sup>. Cet objectif repose sur la conviction que les bénéficiaires choisissent de rester au chômage (explication néo-libérale) mais qu'ils ne feraient pas ce choix s'ils étaient pleinement éclairés et en possession de leur libre arbitre (dimension paternaliste) (sur cette explication du chômage, cf. *supra*, n°220-224). Suivant cette explication, il convient de renforcer la contrainte juridique au travail dans les systèmes de prestations sociales afin de lutter contre le chômage.

Enfin, le Comité mentionne que d'autres Etats ambitionnent d'accroître la compétitivité des travailleurs ou encore d'améliorer leurs compétences<sup>210</sup>. Cet objectif est sous-tendu par l'idée que le chômage n'est pas dû à un manque de motivation dans le chef des personnes sans emploi mais à une inadéquation de leurs qualifications au regard des besoins du marché du travail (sur cette explication du chômage, cf. *supra*, n°231-232). Dans cette perspective, la remise à l'emploi viendra du développement des droits et/ou des services liés au travail qui équiperont les chômeurs des compétences nécessaires afin de rejoindre le marché du travail.

Le Comité ne soulève pas d'objection *a priori* à l'égard de ces objectifs et des interventions qui y sont liées. L'adoption de mesures d'activation coercitives par un Etat n'a jamais fondé l'adoption d'une conclusion de non-conformité au prescrit de l'article 1, §1 de la Charte, ni même l'ajournement de conclusions. Les mesures d'activation coercitives adoptées par les

---

<sup>208</sup> Voy., à titre exemplatif : C.E.D.S., Conclusions 2008 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne révisée de 1996 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2005 au 31 décembre 2006), Lituanie et Slovaquie, 24 octobre 2008 ; C.E.D.S., Conclusions XIX-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2005 au 31 décembre 2006), République de Macédoine, 24 octobre 2008 ; C.E.D.S., Conclusions XVIII-1 relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2001 au 31 décembre 2004), Allemagne, 30 octobre 2006 ; C.E.D.S., Conclusions XVII-1 relatives à l'application de l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2001 au 31 décembre 2002), Pays-Bas, Royaume-Uni et République slovaque, 28 février 2005.

<sup>209</sup> C.E.D.S., Conclusions XVII-1 relatives à l'application de l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2001 au 31 décembre 2002), Pays-Bas, 28 février 2005 ; C.E.D.S., Conclusions XVI-2 relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 21 juillet 2000 au 21 juillet 2002), République slovaque, 30 juin 2004 ; C.E.D.S., Conclusions XV-1 relatives à l'application de l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne de 1961 (Période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1997 au 31 décembre 1998), Finlande et Suède, 30 mars 2000.

<sup>210</sup> C.E.D.S., Conclusions 2008 relatives à l'application de l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2005 au 31 décembre 2006), Géorgie, 24 octobre 2008 ; C.E.D.S., Conclusions XVIII-1 relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2001 au 31 décembre 2004), République de Macédoine et Malte, 30 octobre 2006 ; C.E.D.S., Conclusions XVI-1 relatives à l'application de l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1999 au 31 décembre 2000), Irlande, 30 mai 2003.



Etats se distinguent pourtant des mesures d'activations promues par le Comité, à savoir les mesures qui accroissent les droits, les services ou les opportunités liés au travail. Et ce, tant par leur objet que par l'explication du chômage qui les sous-tend. En outre, certaines des mesures coercitives de l'activation heurtent la conception réformatrice du droit au travail qui se caractérise par l'exposition de dépenses publiques en faveur de l'emploi. La variante coercitive de l'activation comprend notamment des mesures qui diminuent la générosité des prestations sociales en vue de promouvoir le retour à l'emploi des bénéficiaires de prestations sociales. Le Comité adopte donc une attitude extrêmement déférente. Il valide l'ensemble des mesures d'activation adoptées par les Etats sous l'article 1, §1, à partir du moment où elles visent à augmenter le taux d'emploi. Il évalue les mesures adoptées par les Etats au regard de la seule dimension de possibilité du droit au travail, sans avoir égard à sa dimension de choix. La dimension de possibilité du droit au travail est par ailleurs rabattue sur la question de la quantité des emplois ou des opportunités d'emplois, alors que nous avons vu que la liberté réelle d'accéder à un emploi dépend également de la présence de ressources, de facteurs de conversion individuels et de l'acquisition de compétences (cf. *supra*, l'approche par les capacités, n°333-343).

**433.** *L'assimilation progressive des obligations de mise en œuvre du droit au travail à l'objectif politique du plein emploi, retour sur le passé* - Dans un premier temps, le Comité ne se préoccupait pas uniquement de la question de la quantité des emplois sous le premier paragraphe de l'article 1 ; il se penchait également sur l'évolution de la qualité des emplois, qui comme nous l'avons vu, est un indicateur du caractère librement choisi des emplois. Le Comité a ainsi souvent posé des questions à propos de l'impact des mesures et politiques de l'emploi menées par les Etats sur l'insertion durable et effective de l'emploi. Il a soulevé pour la première fois cette question dans l'introduction générale de ses conclusions XIII-3. Il y avait observé une tendance au sein des Etats parties à développer des contrats d'apprentissage et des contrats d'insertion professionnelle. Ces dispositifs visent à offrir aux jeunes une première expérience professionnelle, en octroyant une subvention à l'emploi aux employeurs ou des réductions de cotisations sociales. Le Comité a identifié un « risque de précarisation de l'emploi, les entreprises étant incitées par les avantages qui leur sont offerts à recourir plus volontiers et de manière répétitive à cette main-d'œuvre d'appoint plutôt qu'à des contrats à durée indéterminée et n'étant pas incitées à privilégier la formation de ces salariés temporaires. Il a donc posé une question aux Etats quant à « l'incidence de ces divers types de contrats sur l'insertion effective et durable de leurs bénéficiaires sur le marché de l'emploi »<sup>211</sup>. Par la suite, le Comité a fréquemment posé des questions aux Etats qui, dans la poursuite du plein emploi, adoptaient des mesures visant à flexibiliser le travail. A titre exemplatif, il a demandé à la Finlande, dans ses conclusions XIII-5 de 1997, des informations sur les assouplissements des règles du droit au travail visant à favoriser l'embauche de

---

<sup>211</sup> C.E.D.S., Conclusions XIII-3 relatives à l'application de l'article 10 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1992 au 31 décembre 1993), Introduction générale, 30 novembre 1995, p. 34. Le Comité articule cette réflexion au regard de l'article 10 (droit à la formation professionnelle). Nous la mentionnons dans notre examen de la jurisprudence relative à l'article 1, §1 parce que le Comité a terminé ce commentaire en mentionnant qu'il envisagerait à l'avenir cette question sous l'article 1, §1 parce que « ces différents dispositifs n'apparaissent pas comme ayant pour objectif essentiel la formation professionnelle, laquelle est plutôt envisagée comme une situation intermédiaire entre emploi et chômage » (p. 34).

chômeurs de longue durée, et particulièrement sur la dérogation à la loi sur les contrats de travail visant à permettre aux employeurs d'offrir des contrats à durée déterminée aux chômeurs de longue durée sans aucune justification particulière<sup>212</sup>. A plusieurs reprises, le Comité a par ailleurs demandé des informations aux Etats sur le développement du travail atypique (contrats à durée déterminée ou travail à temps partiel)<sup>213</sup> ; il a également demandé à l'Espagne de préciser les mesures mises en œuvre en vue de lutter contre le développement du travail atypique<sup>214</sup>. Il marquait ainsi à l'époque une certaine opposition à la posture libérale suivant laquelle la flexibilisation du droit du travail serait la voie à privilégier afin de réaliser le droit au travail.

On notera également que, dans ses conclusions relatives à l'application du droit à la formation professionnelle (article 1, §4 et article 10 de la Charte), le Comité prenait en compte, non seulement la dimension de possibilité du droit au travail, mais également sa dimension de choix dans l'évaluation de l'efficacité des mesures de formation mises en œuvre par les Etats. Ainsi, dans l'introduction générale de ses conclusions XIII-3, « le Comité a insisté sur la nécessité d'assurer un juste équilibre entre d'une part, les besoins du marché du travail et le souci d'assurer à tous une formation valable [écho à la dimension de possibilité du droit au travail] et d'autre part les aspirations légitimes et raisonnables de l'individu face aux choix d'une profession [écho à la dimension de choix], à propos de la situation au Royaume-Uni, où les prestations de chômage peuvent être refusées aux personnes qui n'acceptent pas une formation qui leur est offerte »<sup>215</sup>. Le Comité semblait par ailleurs attentif à ce que les mesures de formation ou d'expérience professionnelle visent effectivement à élargir les possibilités d'emplois des personnes sans emploi sur le marché du travail et ne constituent pas un moyen détourné de pousser les chômeurs à accepter un emploi de moindre qualité sur le marché du travail (effet de dissuasion). Il a ainsi relevé, dans ses conclusions de 1998, que « d'après les commentaires formulés par la Confédération néerlandaise des syndicats (FNV) et concernant deux programmes destinés aux jeunes chômeurs, qui combinent formation et expérience professionnelle – à savoir le plan de garantie d'emploi des jeunes et le programme de bourse du travail – l'acquisition de qualifications supplémentaires n'a jamais été un objectif réel de ces programmes et l'insuffisance et l'inadaptation des formations dispensées réduisent en fait les chances des participants de trouver un emploi régulier »<sup>216</sup>. Il a dès lors

---

<sup>212</sup> C.E.D.S., Conclusions XIII-5, C.E.D.S., Conclusions XIII-5 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1994 au 31 décembre 1995), Finlande, 30 septembre 1997.

<sup>213</sup> A titre exemplatif, voy. : C.E.D.S., Conclusions XIII-5, C.E.D.S., Conclusions XIII-5 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1994 au 31 décembre 1995), Finlande, 30 septembre 1997 et C.E.D.S., Conclusions XV-1 relative à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1997 au 31 décembre 1998), Autriche, 30 mars 2000.

<sup>214</sup> C.E.D.S., Conclusions XIII-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1990 au 31 décembre 1991), Espagne, 31 décembre 1993.

<sup>215</sup> C.E.D.S., Conclusions XIII-3, relatives à l'application de l'article 10 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1992 au 31 décembre 1993), Introduction générale, 30 novembre 1995, p. 35. Le Comité avait déjà soulevé cette question dans de précédentes conclusions (C.E.D.S., Conclusions XII-1 relatives à l'application de l'article 10 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1988 au 31 décembre 1989), Royaume-Uni, 30 septembre 1991).

<sup>216</sup> C.E.D.S., Conclusions XIV-2 relatives à l'application de l'article 1, §4 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1992 au 31 décembre 1996), 30 novembre 1998, Pays-Bas.

demandé au gouvernement de faire part de ses observations sur le sujet dans son prochain rapport.

Lors de la reprise du contrôle de l'application de l'article 1, §1 de la Charte et de la mise en place d'un système d'évaluation sur base d'indicateurs, il était prévu que les indicateurs de résultat portant sur la situation de l'emploi incluent des indicateurs relatifs au sous-emploi (tels que la proportion de travailleurs à durée déterminée ou de travailleurs à temps partiel involontaire). Ces indicateurs devaient éclairer le Comité sur l'évolution de la qualité des emplois et de leur caractère librement choisi. Nous avons toutefois constaté que, depuis 2004, le Comité ne se réfère plus qu'aux indicateurs relatifs à la dimension quantitative de l'emploi (taux d'emploi global et dans les différentes catégories de population). Le formulaire de 2008 relatif à l'établissement des rapports nationaux n'inclut d'ailleurs plus aucune demande de données chiffrées relatives à la question du sous-emploi<sup>217</sup>. Si les indicateurs du sous-emploi ne sont plus repris dans les indicateurs permettant d'évaluer l'efficacité des politiques de l'emploi, il faut toutefois noter que le Comité continuait régulièrement à articuler des demandes d'informations sur l'impact de mesures particulières adoptées par les Etats en termes d'obtention d'un emploi durable, manifestant encore une préoccupation pour la qualité des emplois sous l'article 1, §1<sup>218</sup>.

**434.** Dans une décision du 23 mai 2012 sur le bien-fondé d'une réclamation collective introduite par les syndicats grecs à l'encontre de la Grèce<sup>219</sup>, le Comité a toutefois fait marche arrière. Il transparaît très clairement de cette décision que, dans son interprétation, l'article 1, §1 porte exclusivement sur l'engagement des Etats à mener des politiques en faveur du plein emploi (dimension de possibilité du droit au travail), à l'exclusion de toute considération relative à la qualité des emplois ou à leur caractère librement choisi. Par une réforme de 2010, la Grèce avait mis en place un nouveau dispositif visant à favoriser l'insertion des jeunes dans l'emploi : les contrats spéciaux d'apprentissage. Il s'agissait de contrats à durée déterminée qui pouvaient être conclus entre des jeunes de 15 à 18 ans en dehors des protections importantes garanties par le droit du travail et le droit de la sécurité sociale. Les organisations syndicales soutenaient que le dispositif violait l'article 1, §1 de la Charte « car il cré(ait) un contrat – dit d'apprentissage – mais qui en réalité (n'était) qu'un 'contrat précaire', à durée maximale d'un an qui priv(ait) les jeunes concernés de l'application des garanties spécifiques

---

<sup>217</sup> Formulaire pour l'établissement des rapports à présenter en application de la Charte sociale européenne 1961 et du Protocole additionnel de 1988, adopté par le Comité des Ministres le 26 mars 2008 ; Formulaire pour l'établissement des rapports à présenter en application de la Charte sociale européenne révisée, adopté par le Comité des Ministres le 26 mars 2008.

<sup>218</sup> Voy. à titre illustratif : C.E.D.S., Conclusions XVIII-1 relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2001 au 31 décembre 2004), Belgique, 30 octobre 2006 ; C.E.D.S., Conclusions 2004 relatives à l'application de la Charte sociale européenne révisée de 1996 (période de référence du 1<sup>er</sup> novembre 2000 au 31 décembre 2002), Lituanie, 31 mai 2004 ; C.E.D.S., Conclusions 2006 relatives à l'application de la Charte sociale européenne révisée de 1996 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2003 au 31 décembre 2004), Albanie, 30 juin 2006 ; C.E.D.S., Conclusions XV-2 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1998 au 31 décembre 2000), République slovaque, 1<sup>er</sup> juillet 2001 ; C.E.D.S., Conclusions XIV-1 relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1994 au 31 décembre 1996), Royaume-Uni, 30 mars 1998.

<sup>219</sup> C.E.D.S., Décision sur le bien-fondé de la réclamation n°66/2011, Fédération générale des employés des compagnies publiques d'électricité (GENOP-DEI) et Confédération des syndicats des fonctionnaires publics (ADEDY) c. Grèce, 23 mai 2012.

prévues par le droit du travail, qui leur sont normalement réservées, et leur impos(ait) des restrictions disproportionnées par rapport à leur droit de bénéficier de la sécurité sociale »<sup>220</sup>. Au mépris des préoccupations qu'il avait exprimées dans l'introduction générale de ses conclusions XIII-3, le Comité a jugé que le dispositif ne violait pas l'article 1, §1, au terme du raisonnement suivant :

« L'article 1, §1 concerne la réalisation et le maintien du niveau le plus élevé et le plus stable possible de l'emploi en vue de la réalisation du plein emploi. Il ne concerne pas – comme les auteurs de la réclamation le soutiennent – les dispositifs protecteurs du droit du travail et/ou de la sécurité sociale. Par conséquent, les arguments formulés par ces auteurs consistant à dire que les 'contrats spéciaux d'apprentissage', n'assurent pas une sécurité de l'emploi adéquate ou une protection sociale adéquate, ne relèvent pas de la question de savoir si la situation en Grèce est en conformité avec l'article 1, §1 de la Charte de 1961. Au surplus, le Comité reconnaît que les Etats disposent d'une large marge d'appréciation lorsqu'il s'agit de l'élaboration et de la mise en œuvre des politiques nationales de l'emploi »<sup>221</sup>.

Le Comité a ensuite examiné ces questions au regard des articles 4, §1 (droit à une rémunération équitable) et 12, §3 de la Charte (droit à la sécurité sociale) et conclu à la violation de ces dispositions. Lors du cycle de contrôle de 2012 qui suivait cette décision, le Comité n'a plus posé de question aux Etats sur l'impact des mesures de l'emploi sur l'obtention d'un emploi durable ; il les a uniquement interrogés sur leurs résultats en termes de « réinsertion dans l'emploi » ou d' « intégration des participants au marché du travail »<sup>222</sup>.

A la différence du CDESC, le Comité opère une scission entre les différentes composantes du droit au travail. Sous l'article 1, §1 de la Charte, il examine uniquement la question du plein emploi (dimension de possibilité du droit au travail, limitée à la quantité des emplois). La question de la qualité de l'emploi (protection par les normes du travail et accès à la sécurité sociale) est uniquement envisagée sous les dispositions spécifiques relatives aux droits des travailleurs dans la relation de travail (articles 2-8) et au droit à la sécurité sociale (article 12).

**435.** Plus largement, le Comité ne prend pas en compte le droit au travail dans sa dimension de choix sous l'article 1, §1 de la Charte. Cette question est uniquement envisagée sous l'article 1, §2 de la Charte dédié au droit au travail librement entrepris. En 2002, le Comité a ainsi décidé de ne plus aborder la question du travail à temps partiel involontaire sous l'article 1, §1 (plein emploi) mais de l'envisager dorénavant exclusivement dans ses conclusions relatives à l'article 1, §2 de la Charte (droit au travail librement entrepris) (à ce sujet, cf. *infra*, Chapitre 2, n°458). En ce qui concerne les mesures d'activation coercitives, nous verrons que,

---

<sup>220</sup> C.E.D.S., Décision sur le bien-fondé de la réclamation n°66/2011, Fédération générale des employés des compagnies publiques d'électricité (GENOP-DEI) et Confédération des syndicats des fonctionnaires publics (ADEDY) c. Grèce, 23 mai 2012, §18.

<sup>221</sup> C.E.D.S., Décision sur le bien-fondé de la réclamation n°66/2011, Fédération générale des employés des compagnies publiques d'électricité (GENOP-DEI) et Confédération des syndicats des fonctionnaires publics (ADEDY) c. Grèce, 23 mai 2012, §20

<sup>222</sup> A titre exemplatif, voy. : C.E.D.S., Conclusions 2012 relatives à l'application de la Charte sociale européenne révisée de 1996 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2007 au 31 décembre 2010), Allemagne, Espagne et Fédération de Russie, 7 décembre 2012.

si le Comité valide ces mesures au regard de l'article 1, §1, il considère par contre que, dans certaines conditions, elles sont susceptibles de porter atteinte à l'article 1, §2 de la Charte (droit au travail librement choisi).

**436.** *Explications de la scission entre la dimension de possibilité et la dimension de choix du droit au travail – le libellé du texte ?* On peut penser que la scission entre la dimension de possibilité et la dimension de choix est induite par la précision du libellé de l'article 1<sup>er</sup> de la Charte, dans lequel le premier paragraphe est consacré au plein emploi et le second au droit au travail librement choisi. Ce libellé peut ainsi être distingué de la formulation générale de l'article 6 du PIDESC qui proclame le droit au travail dans un même paragraphe, ou plus précisément « le droit au travail, qui comprend le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté » et enjoint ensuite les Etats à adopter les mesures nécessaires à réaliser ce droit. Le CEDS aurait toutefois pu effectuer des interprétations croisées entre les deux paragraphes afin de respecter l'esprit du droit au travail. Pour rappel, il a été démontré qu'à travers la consécration d'un droit au travail, les Etats parties à la Charte visaient à formaliser juridiquement l'exigence éthique que les gouvernements s'emploient à développer des politiques visant à offrir à tous un emploi librement choisi. Dans la première partie de la Charte dédiée aux droits et aux principes reconnus par les Etats parties, la formulation retenue lie d'ailleurs les deux dimensions du droit : « toute personne doit avoir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement entrepris ». Il s'agit d'un droit-but vers la réalisation duquel doivent converger les politiques publiques. La Charte dispose en ce sens que « les Parties reconnaissent comme objectif d'une politique qu'elles poursuivront par tous les moyens utiles, sur les plans national et international, la réalisation de conditions propres à assurer l'exercice effectif des droits et des principes » consacré en son texte.

**437.** *Le glissement vers une conception relativiste du droit ?* - Le Comité ne veille pas à ce que les mesures d'activation expérimentées par les Etats s'inscrivent dans la poursuite de l'objectif général du droit au travail, à savoir l'épanouissement des individus. Il encourage les Etats à expérimenter mais il ne vérifie pas, dans un second temps si les expériences contribuent à une meilleure réalisation du droit au travail appréhendé comme un droit-capacité (droit-but), caractérisé à la fois par une dimension de possibilité et par une dimension de liberté. Le Comité catalyse l'expérience mais ne joue pas le rôle de gardien du cadre démocratique et de l'esprit des droits. Il ne mobilise pas les outils analytiques que nous avons identifiés dans le titre 2 à partir de l'approche par les capacités afin de mesurer l'efficacité des expérimentations en ce qui concerne la réalisation concrète du droit au travail et du droit de participer au débat démocratique.

On pourrait être tenté d'avancer que le Comité adopte une attitude d'auto-restriction quand il est chargé d'appliquer les obligations de mise en œuvre qui découlent du droit au travail, obligations dont on sait qu'elles soulèvent des préoccupations de légitimité démocratique et de connaissance très importantes. Dans la décision GENOP-DEI et ADEDY c. Grèce du 23 mai 2012, le Comité a lui-même indiqué reconnaître une large marge de manœuvre aux Etats dans l'élaboration et la mise en œuvre de leur politique de l'emploi. L'approche du Comité concrétiserait alors une conception relativiste du droit au travail. Le droit au travail serait

assimilé aux politiques concrètement développées par les Etats en faveur de l'emploi et n'opérerait pas comme instance distanciée permettant d'interroger la légitimité des politiques de l'emploi.

Cependant, le Comité ne se cantonne dans un rôle procédural. Il ne valide pas les mesures d'activation expérimentées par les Etats sur base du seul fait qu'elles aient été élaborées dans le respect des exigences procédurales ; elles doivent s'inscrire dans la poursuite du plein emploi. Nous avons par ailleurs vu, dans la première section, qu'il évalue si les dépenses des gouvernements en mesures actives de l'emploi sont suffisantes au regard du contexte économique et social dans lequel se trouve le pays et au regard des moyennes européennes. Le Comité procède donc à une évaluation des expériences menées par les Etats en matière d'activation. S'écartant de la conception démocratique des droits humains, le Comité ne vérifie certes pas que les mesures d'activation expérimentées par les Etats visent à mieux réaliser le droit au travail dans ses deux dimensions de possibilité et de choix. Ce n'est pas pour autant qu'il ne procède pas à une évaluation de ces mesures sous l'article 1, §1 de la Charte : il exige que les mesures s'inscrivent dans la poursuite du plein emploi (dimension de possibilité du droit au travail). Son action n'est donc pas neutre par rapport aux politiques menées par les Etats. Nous avançons dès lors une autre explication.

**438.** *L'hypothèse de l'attachement à la conception réformiste d'après-guerre du droit au travail* - La scission opérée par le Comité entre la dimension de possibilité du droit au travail et sa dimension de choix serait le reflet de l'arrangement institutionnel propre à la conception réformiste d'après-guerre du droit au travail. Dans cette conception politique du droit au travail, les deux dimensions du droit au travail sont protégées par des droits distincts impliquant des obligations de nature différente. Dans sa dimension de possibilité, le droit au travail est réalisé par le déploiement (obligations de mise en œuvre) de politiques macro-économiques de relance de la demande. La dimension de choix du droit au travail est protégée par le droit au travail librement choisi qui impose aux Etats de s'abstenir d'entraver le libre choix de l'emploi et le libre accès des individus au marché du travail (obligations de respecter).

Nous avons mis en évidence qu'au-delà de la formulation ouverte et indéterminée retenue dans la Charte, la concrétisation du droit au travail opérée par le Comité à travers sa mission d'application (et donc de spécification) du droit avait opéré un glissement en faveur de la conception réformiste dès les premières années d'application de la Charte. Dans le contexte d'après-guerre, le modèle d'interventions disjointes de la voie réformiste de réalisation du droit au travail permettait de sécuriser le droit au travail simultanément dans ses deux dimensions de possibilité et de choix. Suite aux transformations du contexte économique et international et à la montée du chômage, le modèle réformiste de réalisation du droit au travail est apparu inefficace à partir de la moitié des années septante. Le développement de mesures d'activation à partir du début des années nonante constitue la principale tentative d'ajustement du modèle menée par les Etats. Nous formulons l'hypothèse que le Comité n'a pas actualisé les exigences découlant du droit au travail au regard des expériences menées par les Etats et a maintenu les normes minimales issues de la conception réformiste. Le Comité associe l'article

1, §1 de la Charte à la dimension de possibilité du droit au travail et l'article 1, §2 à la dimension de choix du droit au travail.

Les mesures d'activation des personnes sans emploi sont susceptibles d'agir à la fois sur la dimension de possibilité et sur la dimension de choix du droit au travail. Elles peuvent augmenter les opportunités réelles des personnes sans emploi (dimension de possibilité du droit au travail) d'accéder à un emploi de leur choix (dimension de choix). Nous pensons particulièrement à la variante de l'activation qui augmente les droits, les services ou les opportunités à destination des personnes sans emploi (cf. *supra*, n°231-237). Afin d'augmenter le taux d'emploi (dimension de possibilité du droit au travail), les Etats ont toutefois également tendance à adopter des mesures d'activation coercitives qui restreignent la liberté des personnes sans emploi de choisir leur travail (droit au travail dans sa dimension de choix). Dans un contexte de chômage massif et de longue durée, on voit ainsi réapparaître les tensions momentanément apaisées entre les deux dimensions du droit au travail. Dans ce contexte, il apparaît essentiel que le Comité ne dissocie pas les deux dimensions qui composent le même droit et prenne en compte la dimension de choix dans l'évaluation de l'efficacité des mesures d'activation mises en œuvre par les Etats dans la poursuite du droit au travail. A défaut, on risque de voir émerger des conflits entre deux paragraphes énonçant des obligations visant à la réalisation d'un même droit, le droit au travail, défini comme « la possibilité de gagner sa vie par un travail librement entrepris ».

Dans son interprétation actuelle, l'apport essentiel de l'article 1, §1 de la Charte consiste à lier les gouvernements à l'objectif de la poursuite du plein emploi et à encadrer le développement des politiques nationales de l'emploi de balises procédurales. L'action du Comité sous l'article 1, §1 de la Charte, placée sous le registre des droits humains, est finalement assez similaire à l'action – politique, cette fois – de l'Union européenne dans le cadre de la Stratégie européenne de l'emploi<sup>223</sup>. Nous avons vu que le travail, pour intégrer la sphère des droits humains, doit être librement choisi et permettre aux individus de s'épanouir. A défaut, le droit au travail est réduit au rang d'instrument de réalisation de l'utopie libérale et se mue en devoir de travailler. En continuant à appréhender l'article 1, §1 de la Charte (obligations de mise en œuvre du droit au travail) sous le seul angle de la dimension de possibilité dans une configuration où le modèle réformiste d'interventions disjointes s'est avéré inefficace, le Comité réduit, à notre sens, l'article 1, §1 de la Charte à un devoir de travailler.

\*\*\*

**439.** A travers sa grille de lecture réformiste du droit au travail, le CDESC se révèle incapable de saisir la tendance des Etats à développer des mesures d'activation coercitives en vue de raccrocher avec l'objectif du plein emploi. Il ne se prononce dès lors pas sur la question de savoir si et, le cas échéant à quelles conditions, les variantes coercitives de l'activation peuvent constituer un moyen adéquat de poursuivre la réalisation du droit au travail. Le droit

---

<sup>223</sup> Dans le même ordre d'idées, voy. D. ASHIAGBOR, « The Right to Work », in G. De Burca and B. De Witte (dir.), *Social Rights in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 246.

apparaît figé et déconnecté de la politique. Il n'a pas de préhension sur le réel. L'écart grandit entre la *law in the books* et la *law in action*.

A travers un dialogue ouvert avec les Etats, le CEDS prend connaissance des différentes mesures coercitives adoptées par ces derniers au nom du droit au travail. Au stade de l'évaluation des mesures expérimentées par les Etats, il les valide à partir du moment où elles cherchent à augmenter le taux d'emploi. Sous l'article 1, §1 de la CSE, le Comité vérifie si les mesures d'activation cherchent à réaliser le droit au travail dans sa dimension de possibilité, sans prendre en compte leur impact sur le droit au travail dans sa dimension de choix. Nous formulons l'hypothèse que l'approche du Comité traduit sur le plan juridique la grille conceptuelle de la conception réformatrice d'après-guerre, dans laquelle les deux dimensions du droit sont protégées par des composantes distinctes du droit impliquant des obligations de nature différente et des interventions dans des champs politiques distincts. Cette hypothèse devra toutefois être confirmée lors de l'examen de la jurisprudence du CEDS sous l'angle de l'article 1, §2 de la Charte (droit au travail librement choisi), auquel le CEDS lie les obligations de respecter découlant du droit au travail. En toute hypothèse, à défaut de prendre en compte la dimension de choix (essentielle à l'épanouissement des individus), le droit au travail dans sa dimension de créance (droit-but) (obligations de mise en œuvre du droit au travail – article 1, §1 de la CSE) se transforme en devoir de travailler. Il ne constitue pas un droit humain au sens de la conception démocratique des droits ; il s'agit d'un instrument au service du libéralisme économique.

## Conclusion du Chapitre 1

**440.** Dans ce chapitre, nous avons examiné l'action de la jurisprudence internationale relative au droit au travail par rapport à la tendance des Etats industrialisés à activer les personnes sans emploi en vue de répondre à la crise d'efficacité rencontrée par le modèle réformatrice de réalisation du droit au travail. L'action de la jurisprudence internationale apparaît profondément marquée par la conception réformatrice du droit au travail (*la deuxième attitude-type identifiée dans le deuxième titre*); nous observons toutefois que les organes internationaux empruntent également certains outils de l'approche expérimentale, qui pourraient leur permettre de se détacher de la conception réformatrice du droit au travail et de stimuler le débat sur l'actualisation des exigences du droit au travail dans le nouvel environnement économique et international (*quatrième attitude-type identifiée dans le deuxième titre*).

**441.** Sous l'article 6 du PIDESC, la perception du phénomène de l'activation des personnes sans emploi est réduite par la grille de lecture réformatrice de la réalité sociale adoptée par le CDESC. Le Comité perçoit et valorise, tout comme le CEDS, le développement des mesures d'activation qui augmentent les droits, les services ou les opportunités liés au travail qui participent à la réalisation du droit de recevoir de l'aide pour accéder à un emploi, contenu en germe dans la conception réformatrice du droit au travail. Il n'a, par contre, pas conscience qu'en vue de réaliser le droit au travail, les Etats développent parallèlement des mesures



d'activation coercitives. La question de savoir si, et dans quelle mesure l'activation coercitive, est un moyen adéquat de poursuivre la réalisation du droit au travail échappe dès lors au droit. L'approche du CDESC ne permet pas d'actualiser progressivement le contenu des obligations de mise en œuvre qui découlent du droit au travail au regard des évolutions du contexte socio-économique. A travers les exigences de la conception réformatrice, il saisit partiellement et oriente à la marge le phénomène de l'activation. La transformation des politiques sociales ne s'effectue pas sous l'égide des droits (*deuxième hypothèse de recherche*, cf. *supra*, n°352).

Quant au CEDS, s'il parvient à saisir le phénomène de l'activation dans sa globalité et dans ses différentes dimensions, en ce compris les variantes coercitives, il évalue par contre les différents types de mesures à travers les catégories et distinctions intellectuelles propres à la conception réformatrice du droit au travail. Sous l'article 1, §1, il n'évalue pas les mesures expérimentées par les Etats au regard de l'objectif général que constitue la réalisation du droit au travail librement choisi. Il valide les mesures d'activation des personnes sans emploi, dans leurs différentes variantes, à partir du moment où elles s'inscrivent dans la poursuite du plein emploi, sans avoir égard à leur impact sur la liberté de choisir son emploi. Nous avançons l'hypothèse que l'action du Comité à l'égard des mesures d'activation sous l'article 1, §1 reflète la scission opérée par la conception réformatrice du droit au travail entre les deux dimensions du droit, appelées à être réalisées dans des champs politiques distincts. Le Comité se concentrerait sur la dimension de possibilité du droit sous l'article 1, §1 et sur la dimension de choix sous l'article 1, §2 consacrant le droit au travail librement choisi. Le Comité cadrerait ainsi les politiques d'activation à la marge à travers les notions et catégories classiques du modèle réformatrice d'après-guerre. Ce modèle subissant une crise de légitimité et d'efficacité dans les Etats, on assisterait à un glissement vers une conception absolutiste du droit au travail, dont le cadre conceptuel et les catégories intellectuelles ne seraient plus mis en débat (*deuxième hypothèse de recherche*). Cette analyse doit être confirmée suite à l'examen de la jurisprudence du Comité relative à l'article 1, §2 dans le deuxième chapitre.

**442.** Si la jurisprudence internationale demeure profondément marquée par la conception réformatrice du droit au travail, nous observons parallèlement certains éléments positifs, aussi bien dans la jurisprudence du CDESC que dans celle du CEDS, pour le développement d'une approche expérimentaliste de la détermination du contenu du droit au travail (*quatrième hypothèse de recherche*, cf. *supra*, conclusion du titre 2, n°352).

Dans sa jurisprudence, le CEDS développe une pratique de questionnements ouverts et instaure un véritable dialogue avec les Etats à travers des questions plus précises, qui lui permettent d'avoir une vision particulièrement large de l'évolution des pratiques et des conceptions politiques du droit au travail au sein des pays industrialisés. Il s'appuie sur cette connaissance pour préciser progressivement le droit de recevoir de l'aide pour trouver un emploi convenable et actualiser la conception réformatrice du droit au travail. Sur ce point, il se distingue du CDESC dont la jurisprudence n'évolue pas. Par ailleurs, en maintenant une vue élargie et ouverte sur les pratiques qui se développent au sein des Etats dans la recherche du plein emploi, il acquiert connaissance, à la différence de CDESC, de la tendance coercitive de l'activation malgré qu'elle ne rentre pas dans la grille réformatrice de compréhension du droit au travail.

Pour sa part, le CDESC a conscience des enjeux de la globalisation et plaide pour le développement de solutions innovantes afin de chercher à sécuriser les droits sociaux dans ce nouvel environnement. Ensuite, au niveau du droit au travail, il encourage, de manière générale, les processus d'expérimentations sur le contenu du droit ainsi que le débat démocratique tant au niveau de la définition du contenu du droit qu'en aval, au stade de l'évaluation des expérimentations, et ce à travers la reconnaissance d'une large manœuvre aux Etats dans la définition des politiques à mener d'une part et, d'autre part, par la structuration d'exigences procédurales. Il est attentif à l'égalisation des capacités des parties concernées à participer au débat démocratique. Enfin, il appréhende le droit au travail comme un droit-but dont les deux dimensions, de possibilité et de choix, sont indissociables. A propos de la dimension de possibilité du droit, le CDESC manifeste un intérêt particulier pour les mesures d'activation ciblées qui augmentent les droits, les services ou les opportunités liés au travail à destination des catégories de chômeurs défavorisées dans l'accès à l'emploi. Suivant une modélisation senienne de la dimension de possibilité du droit au travail, il encourage les Etats à agir sur les facteurs de conversion individuels et sociaux et à adapter leur action en fonction des entraves à l'accès à l'emploi, identifiées en contexte, qui affectent chacune des catégories de chômeurs, et ce en vue d'égaliser les possibilités réelles des chômeurs d'accéder à un emploi librement choisi.

## Chapitre 2. Le droit au travail librement choisi, une limite au développement des variantes coercitives de l'activation ?

### Introduction<sup>224</sup>

**443.** Dans ce chapitre, nous examinons les limites que pose la jurisprudence internationale relative au droit au travail au développement de mesures d'activation coercitives par les Etats (le droit comme limite à l'action politique – logique déontologiste). L'analyse se concentre sur la jurisprudence portant sur les obligations de respecter qui découlent du droit au travail, c'est-à-dire les obligations qui imposent aux Etats de s'abstenir d'entraver l'exercice du droit au travail librement choisi. Nous identifions et discutons les normes minimales retenues par la jurisprudence pour apprécier la conformité des mesures d'activation coercitives au regard du droit au travail librement choisi.

**444.** Il est procédé à l'examen de la jurisprudence du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CDESC) relative à l'article 6 du PIDESC, plus particulièrement en ce qu'il consacre le droit au travail librement choisi. Le CDESC rattache en effet à cette composante du droit les obligations de respecter impliquées par le droit au travail. Est également analysée la jurisprudence du Comité européen des droits sociaux (CEDS) relative à l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne (CSE) consacré au droit au travail librement entrepris, auquel le Comité lie les obligations de respecter découlant du droit au travail. Dans ce chapitre, nous envisageons enfin la jurisprudence des organes de l'OIT<sup>225</sup> relative à la Convention n°29 sur le travail forcé (1930).

L'inclusion de ce troisième corps jurisprudentiel peut étonner dès lors que la Convention n°29 ne consacre pas le droit au travail mais prohibe le travail forcé et qu'il s'agit par ailleurs d'un instrument qui instaure des normes internationales du travail et ne se situe pas *a priori* dans le champ des droits humains. Plusieurs considérations ont présidé à ce choix. Tout d'abord, l'interdiction du travail forcé est protégée sous le droit au travail dans le PIDESC et dans la CSE (cf. *supra*, n°161). Ensuite, la Convention n°29 sur le travail forcé est certes une norme internationale du travail mais elle fait partie des huit conventions de l'OIT déclarées fondamentales en 1998 par la Conférence internationale du travail (CIT) (l'organe législation de l'OIT) et rejoint à ce titre le registre des droits humains<sup>226</sup>. Une dernière considération justifie que ce corps soit intégré à notre analyse alors qu'en est par contre exclue la

---

<sup>224</sup> Les première et troisième sections de ce chapitre reprennent des extraits remaniés et complétés de l'article suivant : E. DERMINE, « Activation Policies for the Unemployed and the International Human Rights Case Law on the Right to a Freely Chosen Work », in E. Dermine et D. Dumont (dir.), *Activation Policies for the Unemployed, the Right to Work and the Duty to Work*, P.I.E.- Peter Lang, Bruxelles, 2014, pp. 139-178. L'article susmentionné propose une analyse positiviste (évaluation en cohérence juridique) de la jurisprudence internationale relative au droit au travail librement choisi face aux politiques d'activation des personnes sans emploi.

<sup>225</sup> Pour un bref rappel des différents organes de l'OIT, de leur composition et des actes qu'ils adoptent, il est renvoyé à l'encadré 1 de l'introduction générale.

<sup>226</sup> Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi, adoptée par la CIT à sa 86<sup>ème</sup> session, Genève, 18 juin 1998.

jurisprudence relative à l'interdiction du travail forcé consacrée dans les textes internationaux relatifs aux droits civils et politiques (le Pacte international relatif aux droits civils (PIDCP) et politiques et la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)). Dans la ligne du droit du PIDESC et de la CSE, les organes de l'OIT lient l'interdiction du travail forcé et le droit au travail, en ce que le premier est considéré comme une composante du second. L'interdiction du travail forcé consacrée dans la Convention n°29 s'inscrit dans la mission générale de l'OIT de promotion des droits sociaux et se distingue, en cela, des dispositions qui consacrent l'interdiction du travail forcé dans les pactes internationaux dédiés aux droits civils et politiques. On observera d'ailleurs que l'approche des mesures d'activation par les organes de l'OIT sous l'angle de l'interdiction du travail forcé présente de fortes similarités avec la jurisprudence du CEDS et du CDESC relative aux obligations de respecter qui découlent du droit au travail. Elle est par contre absolument déconnectée de la jurisprudence relative à l'interdiction du travail forcé des organes de contrôle de l'application des textes internationaux relatifs aux droits civils et politiques<sup>227</sup>.

**445.** Lorsqu'elle doit appliquer le droit au travail librement choisi aux mesures d'activation coercitives, la jurisprudence internationale concrétise le droit à travers une exigence principale : le droit des bénéficiaires de prestations de chômage de refuser un emploi non-convenable, sans s'exposer au risque de perdre leurs prestations. Cette exigence trouve sa filiation dans la conception réformiste d'après-guerre du droit au travail. (Section 1). Nous avons vu que cette conception subit une crise d'efficacité et donc de légitimité au sein des Etats industrialisés. Dans ce contexte, les Etats se départissent de la limite posée par la jurisprudence internationale, jugée illégitime, et persèverent dans leurs réformes révisant la notion d'emploi convenable. Face à cet écart grandissant entre le droit et la pratique, nous montrerons qu'il existe un risque que les organes internationaux optent pour une approche déférente et alignent leur jurisprudence sur la pratique des Etats (Section 2). Dans la dernière section, nous mettons toutefois en évidence le développement de certaines pratiques expérimentalistes intéressantes dans la jurisprudence du CEDS qui pourraient mener à une actualisation des exigences qui découlent du droit au travail (Section 3).

## **Section 1. Le droit à l'indemnisation du chômage en l'absence d'emploi convenable, comme exigence minimale concrète découlant du droit au travail librement choisi**

**446.** Dans cette première section, nous examinons si la jurisprudence internationale considère que les mesures d'activation coercitives sont susceptibles de porter atteinte au droit au travail librement choisi et nous identifions les exigences minimales concrètes retenues par la

---

<sup>227</sup> Pour une analyse de la jurisprudence des organes de contrôle de l'application des textes internationaux consacrés aux droits civils et politiques à l'égard des mesures d'activation des personnes sans emploi sous l'angle de l'interdiction du travail forcé, voy. : E. DERMINE, « Activation Policies for the Unemployed and the International Human Rights Case Law on the Prohibition of Forced Labour », in E. Dermine et D. Dumont, *Activation Policies for the Unemployed...*, op.cit., pp. 103-138.

jurisprudence internationale afin d'apprécier la conformité des mesures d'activation au regard du droit au travail librement choisi.

**447.** La jurisprudence du CDESC sous l'article 6 du PIDESC consacrant le droit au travail est tout d'abord examinée (§1). Il est ensuite procédé à l'analyse des lignes de jurisprudence développées par le CEDS à partir du droit au travail librement entrepris consacré à l'article 1, §2 de la CSE (§2). Sont enfin explicitées les balises dégagées par les organes de l'OIT au regard de la Convention n°29 sur le travail forcé (§3).

### *§1. La jurisprudence du CDESC relative à l'article 6 du PIDESC*

*Rappel préliminaire : l'article 6 du PIDESC et la jurisprudence générale du CDESC relative au droit au travail librement choisi*

L'article 6, §1<sup>er</sup> du PIDESC consacre le droit au travail, « qui comprend le droit qu'à toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté ». Il ressort de la jurisprudence du CDESC que le droit au travail comprend une dimension de possibilité – il faut veiller à ce que chaque individu puisse accéder à un emploi – et une dimension de choix – chaque individu doit pouvoir décider librement d'accepter ou de choisir un emploi.

Concernant cette seconde dimension du droit, le CDESC a précisé qu'elle suppose notamment « de ne pas être forcé de quelque manière que ce soit à exercer une activité ou à prendre un emploi » ainsi que « le droit de bénéficier d'un système de protection garantissant à chaque travailleur l'accès à l'emploi ». Le droit au travail librement choisi impose dans le chef des Etats des obligations juridiques de respecter<sup>228</sup> le libre accès et le libre choix de l'emploi (libertés civiles et économiques).

L'interdiction du travail forcé et l'interdiction de la discrimination dans l'accès à l'emploi, qui sont des composantes du droit au travail librement choisi, emportent, selon le CDESC, des obligations à effets immédiats (obligations négatives de résultat – conception réformatrice du droit au travail dans sa dimension de liberté).

**448.** Dans l'observation générale sur le droit au travail, le CDESC n'aborde pas la question de la conformité des mesures d'activation coercitives au droit au travail librement choisi. En ce qui concerne les observations finales relatives à l'application du droit au travail, nous avons vu dans le chapitre précédent que le CDESC n'a jamais envisagé ces mesures comme un moyen de réaliser le droit au travail dans sa dimension de possibilité. Il a par contre, à de très rares occasions, examiné ces mesures comme des atteintes potentielles au droit au travail au

<sup>228</sup> Le droit au travail librement choisi implique également des obligations de protéger. Dans le cadre de cette recherche, notre analyse se concentre toutefois sur les obligations de respecter qui découlent du droit au travail librement choisi. Nous étudions en effet, au regard du droit au travail, la relation qui se noue, à travers l'activation, entre les bénéficiaires de prestations de chômage et de l'assistance sociale et les autorités étatiques. Nous examinons si l'action de l'Etat s'inscrit dans la poursuite de la réalisation du droit au travail (obligations de mise en œuvre – cf. chapitre précédent) et si elle respecte le droit au travail librement choisi de ces derniers (obligations de respecter – chapitre présent). Les obligations de l'Etat de protéger les individus contre l'action de tiers (obligations de protéger) n'entrent donc pas dans notre champ d'analyse.

travail librement choisi. Si le Comité a exprimé des préoccupations à l'égard de ces réformes, sa jurisprudence demeure à ce stade très floue et le petit nombre d'observations finales sur la question nous retient de toute tentative de systématisation.

**449.** C'est en 1998 que le CDESC a examiné pour la première fois une mesure d'activation coercitive sous l'angle du droit au travail librement choisi. Via les rapports alternatifs soumis par la Ligue des droits et libertés du Québec et l'Association américaine des juristes ainsi que par l'Organisation nationale anti-pauvreté, le Comité avait été averti de ce que plusieurs provinces canadiennes conditionnaient l'octroi de l'assistance sociale à la participation à un programme de travail. Les ONG considéraient que ces programmes portaient atteinte au droit des individus de choisir librement leur travail<sup>229</sup>. Dans ses observations finales concernant le troisième rapport périodique à l'égard du Canada, le Comité a constaté que plusieurs provinces canadiennes avaient effectivement adopté des programmes de travail obligatoire qui, selon la description qu'il en a fait, « subordonnent le droit à l'aide sociale à l'acceptation d'un emploi obligatoire ou bien réduisent le montant des prestations lorsque les bénéficiaires, généralement des jeunes, font valoir leur droit de choisir librement leur travail »<sup>230</sup>. Le Comité a considéré que « dans de nombreux cas, ces programmes imposent un véritable travail mais sans la protection des lois relatives aux droits fondamentaux des travailleurs et des normes du travail »<sup>231</sup>. Parmi les droits fondamentaux dont le respect n'est pas assuré, le Comité a inclus le droit au travail librement choisi. Il a ainsi « exhorté » « le Gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux et territoriaux à réviser leurs législations respectives en matière de programmes de travail obligatoire pour s'assurer qu'elles ne contiennent aucune disposition contraire au droit de choisir librement son emploi et aux autres normes relatives au travail, notamment le salaire minimal, qui sont garantis non seulement dans le Pacte mais également dans les conventions pertinentes de l'OIT sur les droits fondamentaux des travailleurs et les normes du travail »<sup>232</sup>. Dans ses dernières observations finales à l'égard du Canada (2006), le Comité a « regretté » que la plupart des recommandations formulées lors de rapports précédents n'aient pas été suivies d'effet. Parmi les sujets de préoccupation qui n'ont pas été traités efficacement et qui sont toujours d'actualité, il a cité « les incidences néfastes de certains programmes de mise au travail des allocataires sociaux »<sup>233</sup>, sans plus de précisions.

Il ressort de ces observations que les programmes de *workfare* dans l'assistance sociale sont susceptibles, aux yeux du Comité, de porter atteinte au droit au travail librement choisi. Le

---

<sup>229</sup> C.D.E.S.C., Exposé écrit présenté par l'Organisation nationale anti-pauvreté, organisation non gouvernementale dotée du statut consultatif spécial auprès du Conseil économique et social, E/C.12/1998/NGO/5, 1<sup>er</sup> octobre 1998, §§10 et 11 ; C.D.E.S.C., Exposé écrit présenté par l'Association américaine de juristes (section pancanadienne) et la Ligue des droits et libertés du Québec (Canada), affiliée à la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, organisations non gouvernementales dotées du statut consultatif spécial, E/C.12/1998/NGO/4, 7 octobre 1998, §§14-17.

<sup>230</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant le troisième rapport périodique du Canada, E/C.12/1/Add.31, 10 décembre 1998, §30.

<sup>231</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant le troisième rapport périodique du Canada, E/C.12/1/Add.31, 10 décembre 1998, §30.

<sup>232</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant le troisième rapport périodique du Canada, E/C.12/1/Add.31, 10 décembre 1998, §55.

<sup>233</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant les quatrième et cinquième rapports périodiques du Canada, E/C.12/CAN/CO/5, 22 mai 2006, §11, c).

Comité ne précise pas le raisonnement, ni les critères d'évaluation spécifiques qu'il mobilise afin d'arriver à cette conclusion. Il ne se réfère pas à l'interdiction du travail forcé, ce qui semble indiquer qu'il envisage la situation plus généralement au regard du droit au travail librement choisi. Le texte des observations est trop imprécis pour comprendre si le Comité estime que les mesures de *workfare*, qui conditionnent l'octroi de prestations sociales à l'accomplissement de prestations de travail non-rémunérées, sont, par leur caractère obligatoire, nécessairement contraires au droit au travail librement choisi ou si elles peuvent, à certaines conditions, s'y conformer. A titre exemplatif, le Comité ne s'inquiète pas de savoir si le programme de travail contient une dimension de formation qui doit permettre aux participants d'accroître à terme leurs chances de se réinsérer sur le marché du travail (droit au travail dans sa dimension de possibilité – droit-moyen). Le Canada avait pourtant fait valoir cet argument dans la réponse à la liste de points soulevés par le Comité<sup>234</sup>. On relèvera que les ONG défendent quant à elles qu'une mesure active, qu'il s'agisse d'une mesure de formation, d'un accompagnement personnalisé dans la recherche d'emploi ou d'un programme de travail, contrevient nécessairement au droit au travail librement choisi à partir du moment où elle est obligatoire<sup>235</sup>.

**450.** Dans ses observations finales de 2011 à l'égard de l'Allemagne, le Comité a examiné des réformes de l'assistance-chômage et de l'aide sociale visant à activer les chômeurs de longue durée à travers le renforcement de la contrainte juridique au travail. Il s'est penché sur l'introduction de programmes de travail obligatoire ainsi que sur l'élargissement de l'obligation générale de disponibilité pour le marché de l'emploi. Dans son rapport périodique<sup>236</sup>, l'Allemagne avait indiqué avoir regroupé, par une réforme de 2005, l'assistance-chômage et l'aide sociale pour les personnes en capacité de gain pour former un minimum individuel servi aux demandeurs d'emploi. La fusion des régimes avait notamment pour but de donner accès aux chômeurs de longue durée aux mêmes prestations d'activation et d'accompagnement et de les soumettre aux mêmes obligations de disponibilité au travail. Le Comité s'est tout d'abord « inquiété » du fait que certaines dispositions du régime d'assistance chômage et d'aide sociale de l'Allemagne peuvent conduire à des violations des articles 6 et 7 du Pacte (art. 6, 7 et 9). Il a plus particulièrement visé l'obligation pour les chômeurs percevant une allocation d'accepter « tout emploi acceptable », qui peut être interprété en pratique comme signifiant presque n'importe quel emploi, ainsi que l'obligation pour les chômeurs de longue durée d'accomplir des travaux d'intérêt général non rémunérés. Il a ensuite « engagé instamment » le gouvernement allemand « à faire en sorte que son

---

<sup>234</sup> C.D.E.S.C., Réponse du Canada à la liste des points à traiter à l'occasion de l'examen du quatrième rapport périodique, E/C.12/CAN/Q/4/Add.1, 25 avril 2006, §16.

<sup>235</sup> C.D.E.S.C., Compilation of Summaries of Canadian NGO Submissions to the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights in Connection with the Consideration of the Fourth and Fifth Periodic Reports of Canada, E/C.12/36/3, 25 avril 2006, p. 49 (uniquement disponible en anglais) : « 2.1 A number of provinces including British Columbia, Alberta, Saskatchewan, Manitoba, Ontario, Quebec, Nova Scotia and New Brunswick have implemented various work training, work search and workfare requirements in order for someone to be eligible or to continue to receive welfare. If people refuse to participate their payments may be reduced, or they can be denied welfare payments. We believe these policies are a violation of Article 6, which asserts a 'right to work freely chosen or accepted.' 2.2 NAPO urges CESC to recommend that all training and other work requirements be optional and not mandatory for the receipt of welfare ».

<sup>236</sup> C.D.E.S.C., Cinquième rapport périodique présenté par l'Allemagne sur l'application du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, E/C.12/DEU/5, 27 juillet 2010.

régime d'allocations de chômage tienne compte du droit de tout individu d'accepter librement un emploi de son choix ainsi que du droit à une rémunération équitable »<sup>237</sup>. Encore une fois, le Comité s'est borné à indiquer que les réformes visées étaient susceptibles de porter atteinte au droit au travail librement choisi, sans expliciter le raisonnement justifiant cette conclusion.

**451.** En 2013, le Comité s'est déclaré préoccupé, dans ses observations finales à l'égard de l'Autriche, « par les conditions dans lesquelles les indemnités de chômage peuvent être suspendues au détriment du droit de chacun d'assurer sa subsistance en accomplissant un travail librement choisi ou accepté (art. 6, 7 et 9) »<sup>238</sup>. Le Comité n'a pas envisagé les réformes relatives aux conditions de suspension de ces prestations, comme une voie potentielle de réalisation du droit au travail (obligations de mise en œuvre). Sur ce point, il a recommandé à l'Autriche « de poursuivre (...) ses efforts pour améliorer, diversifier et accroître les activités d'apprentissage et de formation professionnelle offertes » (mesures d'activation qui accroissent les droits, les services ou les opportunités liés au travail). Le Comité a par contre considéré que les réformes relatives aux conditions de suspension des prestations de chômage étaient susceptibles de poser problème au regard du droit au travail librement choisi (obligations de respecter). Il a en effet demandé « instamment » à l'Autriche :

« de faire en sorte que la perte des indemnités de chômage ne porte pas atteinte au droit de chacun d'assurer sa subsistance en accomplissant un travail librement choisi ou accepté, conformément à l'article 6 du Pacte et qu'il y ait un dialogue franc et continu entre le service public de l'emploi et les personnes qui sont au chômage de façon à prendre en compte les préoccupations et les besoins individuels »<sup>239</sup>.

La réforme a suscité des préoccupations dans le chef du Comité non seulement par le renforcement de la contrainte juridique au travail qu'elle opère mais également pour le renforcement de la contrainte économique qui en découle. Dans cette observation, le Comité établit clairement le lien entre le droit à l'indemnisation du chômage involontaire et le droit au travail librement choisi inhérent à la conception réformatrice du droit au travail : en limitant la contrainte économique au travail, les indemnités de chômage permettent de sécuriser le droit au travail librement choisi (conception réformatrice du droit au travail).

**452.** A la différence du Comité européen des droits sociaux (CEDS) et de la Commission pour l'application des conventions et des recommandations de l'OIT (CEACR) (cf. les deux paragraphes suivants), le CDESC n'examine d'ailleurs pas uniquement, sous le droit au travail librement choisi, les réformes qui procèdent à un renforcement des obligations juridiques liées au travail dans les systèmes d'indemnisation du chômage (renforcement de la contrainte juridique au travail). Il s'est également déjà penché sur une mesure d'activation coercitive augmentant la contrainte économique au travail des bénéficiaires de prestations de

---

<sup>237</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant le cinquième rapport de l'Allemagne, E/C.12/DEU/CO/5, 12 juillet 2011, §19.

<sup>238</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de l'Autriche, E/C.12/AUT/CO/4, Autriche, 13 décembre 2013, §16.

<sup>239</sup> C.D.E.S.C., Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de l'Autriche, E/C.12/AUT/CO/4, Autriche, 13 décembre 2013, §16.



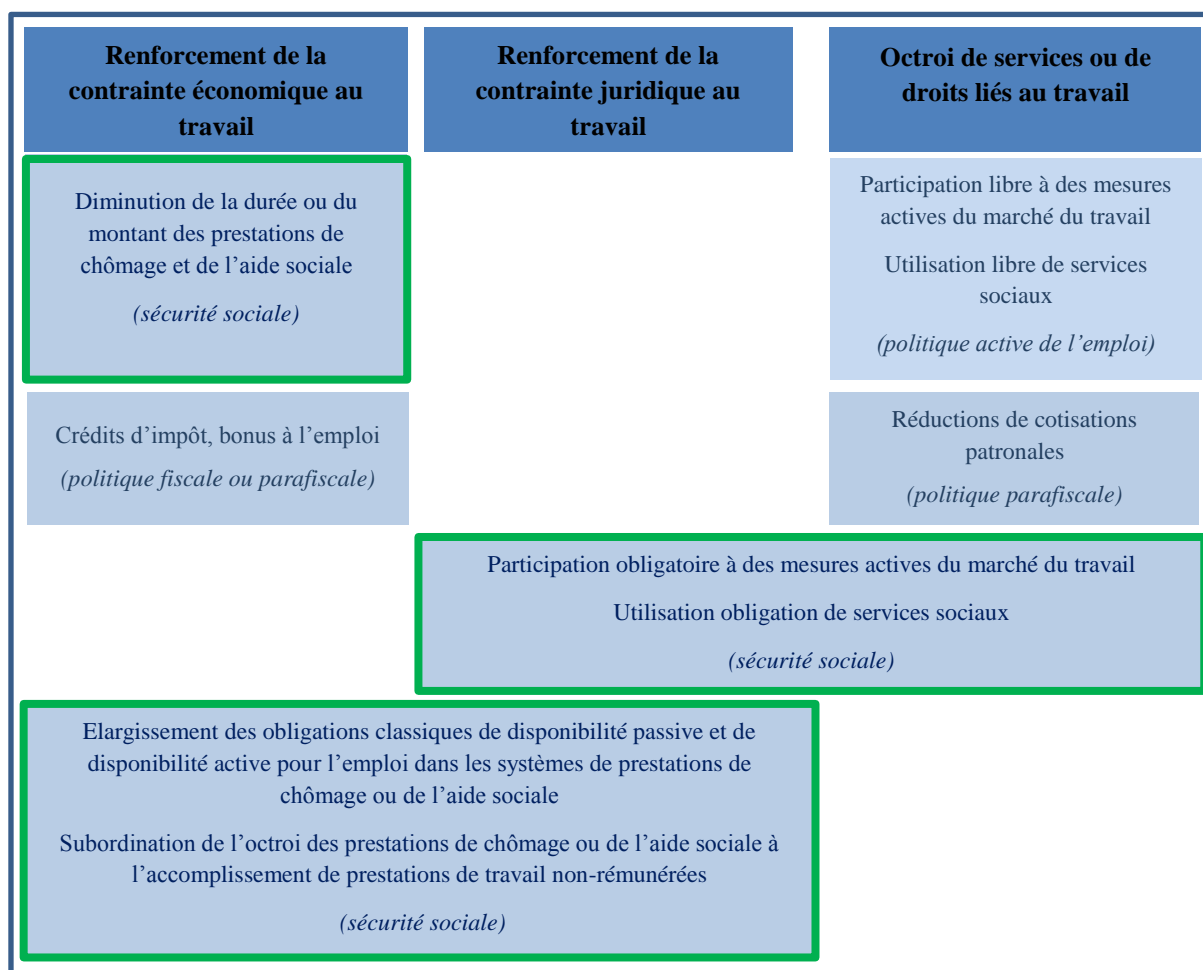
chômage, sans développer leurs obligations juridiques liées au travail. Dans ses observations finales de 2013, c'est en effet sous l'article 6 (droit au travail) plutôt que sous l'article 9 (droit à la sécurité sociale) que le Comité a examiné la réforme danoise ramenant la période d'octroi des allocations de chômage de quatre à deux ans (renforcement de la contrainte économique au travail par la diminution de la générosité des prestations). Il a jugé cette situation préoccupante et a recommandé au Danemark d'évaluer les effets de cette mesure sur le niveau de vie des personnes qui en sont touchées et de les relayer dans son prochain rapport périodique<sup>240</sup>.

**453.** On relèvera enfin que le Comité se penche uniquement sur les mesures d'activation coercitives mises en œuvre dans les systèmes de sécurité sociale. Il n'examine pas l'effet des réformes coercitives de l'activation réalisées dans le champ de la politique fiscale, telles que les crédits d'impôt ou les bonus à l'emploi, sur le droit des destinataires de ses mesures de choisir librement leur emploi. Dans la ligne de la conception réformiste où l'indemnisation financière du chômage en marge du travail doit permettre de sécuriser le droit au travail librement choisi, le Comité exprime des préoccupations au regard du droit au travail librement entrepris à l'encontre des réformes engagées dans les systèmes de sécurité sociale, à partir du moment où elles renforcent la contrainte économique et/ou la contrainte juridique au travail. Dans la mesure où le Comité, dans le cadre de la procédure de rapports, ne constate pas de violations mais exprime des préoccupations et édicte des recommandations, il est difficile de comprendre si, dans les cas explicités ci-dessus, il estime que les réformes violent le droit au travail librement choisi ou s'il se borne à constater qu'elles soulèvent un enjeu à cet égard et doivent dès lors faire l'objet d'un examen approfondi de la part de l'Etat afin de s'assurer que la mesure respecte ledit droit. Le Comité ne précise pas les exigences concrètes qui lui permettent de soulever des préoccupations au regard du droit au travail librement choisi.

---

<sup>240</sup> C.D.E.S.C., Observations conclusives relatives au cinquième rapport du Danemark, 6 juin 2013, E/C.12/DNK/CO/5, §10.

**Encadré 37 – Mesures d'activation coercitives examinées par le CEDSC sous l'angle du droit au travail librement choisi**



**454.** Aucun dialogue n'est engagé avec les Etats autour de la meilleure manière de réaliser le droit au travail au regard du contexte social et économique. Le CDESC se cantonne dans une posture défensive où les réformes d'activation adoptées dans les réglementations de sécurité sociale sont considérées comme des retranchements de la sécurité sociale susceptibles de porter atteinte au droit au travail librement choisi. Il ne mobilise pas le mécanisme des listes de points afin de poser des questions aux Etats visant à préciser l'objet des mesures, leurs objectifs, leurs effets ou encore les sanctions qui assortissent le fait de ne pas s'y conformer<sup>241</sup>. Le Comité n'opère pas de distinction entre les mesures en fonction de leur effet potentiel sur

<sup>241</sup> Voy., à titre d'exception, la question soumise au Canada à travers ce mécanisme, laquelle s'inscrit toutefois à un très haut niveau de généralité : suite aux observations finales de 1998 (cf. *supra*, note de bas de page 230), le CDESC a demandé au Canada de « donner des informations plus détaillées sur le contenu de la loi québécoise sur le soutien du revenu et favorisant l'emploi et la solidarité sociale, notamment les conditions que les participants aux programmes d'emploi doivent remplir pour pouvoir prétendre à des prestations d'assistance sociale » (C.D.E.S.C., Liste des points à traiter à l'occasion de l'examen du quatrième rapport périodique du Canada concernant les droits visés aux articles 1er à 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, E/C.12/Q/CAN/2, 30 juin 2005, §16). Dans ces observations finales suivantes (en 2006), nous avons vu qu'il avait exprimé une nouvelle fois ses préoccupations à l'égard des programmes de travail obligatoire dans l'assistance sociale (cf. note de bas de page 233). Il n'a par contre plus posé de question sur la réglementation de l'assistance sociale au Québec ou dans une autre province.

la possibilité d'accéder à terme à un emploi librement choisi. Le Comité s'inscrit dans une posture défensive où le droit au travail librement choisi sert à défendre le maintien des systèmes de sécurité sociale mis en place. Il ne s'inscrit pas dans une approche favorisant la réflexion des Etats sur la transformation des arrangements institutionnels existants, afin de favoriser l'insertion des chômeurs de longue durée dans un emploi librement choisi.

## **§2. La jurisprudence du CEDS relative à l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne**

### *Rappel préliminaire : l'article 1, §2 de la CSE et la jurisprudence générale du CEDS*

« En vue d'assurer l'exercice effectif du droit au travail », les Etats parties à la Charte sociale européenne s'engagent, au terme de l'article 1, §2 de la Charte, « à protéger de façon efficace le droit pour le travailleur de gagner sa vie par un travail librement entrepris ». Suivant la jurisprudence du CEDS, le droit au travail librement entrepris protège la dimension de liberté du droit au travail. Il implique des obligations de résultat dans le chef des Etats de respecter et de protéger le droit au travail librement choisi (conception réformatrice du droit au travail dans sa dimension de liberté).

Il résulte de la décision du CEDS n°8/2000 *QCEA c. Grèce* (cf. *supra*, n°161) qu'à la différence de l'interdiction du travail forcé, le droit au travail librement entrepris ne protège pas uniquement la liberté des individus à l'intérieur de la relation de travail (liberté civile) ; il protège également leur liberté d'accéder au marché du travail, laquelle conditionne l'exercice du libre choix de l'emploi : le Comité interdit ainsi toute pratique qui restreint de manière disproportionnée le libre accès au marché du travail (libertés économiques).

**455.** Le CEDS n'a encore jamais été saisi d'une réclamation collective portant sur la conformité d'une mesure d'activation coercitive au regard de l'article 1, §2 de la CSE. Depuis le début des années 1990, il a toutefois montré un intérêt croissant pour cette question dans le cadre de la procédure de rapports. Lors des cycles de contrôle portant sur l'article 1<sup>er</sup> de la Charte, les Etats doivent expliquer, dans leurs rapports nationaux, comment ils mettent en œuvre chacun des paragraphes de l'article. Nous avons vu que, sous le premier paragraphe, les Etats doivent montrer qu'ils déploient une politique de l'emploi visant à atteindre un niveau d'emploi aussi stable et élevé que possible. De manière intéressante, le CEDS, prenant connaissance des réformes visant à activer les personnes sans emploi à travers le contrôle du premier paragraphe de l'article 1, a estimé qu'elles étaient également susceptibles d'avoir des effets sur le droit au travail librement entrepris et a dès lors décidé d'examiner leur conformité à l'article 1, §2 de la Charte.

**456.** Pour rappel, à l'époque, le Comité examinait deux points dans le cadre du contrôle de l'application de l'article 1, §2 de la Charte : l'interdiction du travail forcé et l'interdiction de toute forme de discrimination dans l'emploi. Sous la rubrique de l'interdiction du travail forcé, le Comité a posé de nombreuses questions aux Etats, entre 1992 et 2002, afin de mieux comprendre l'objet de mesures d'activation coercitives se développant dans les systèmes de

sécurité sociale, ainsi que leurs objectifs et leurs effets. Suite aux réponses reçues, il a soit posé de nouvelles questions, soit adopté des conclusions de conformité. Il n'a jamais adopté de conclusions de non-conformité à l'égard de ces mesures sous la rubrique de l'interdiction du travail forcé. Cependant, le fait-même qu'il ait examiné les mesures d'activation coercitives sous l'angle de l'interdiction du travail forcé et posé des questions sur leur portée implique qu'il considérait que certaines d'entre elles, en fonction de leur *design*, de l'objectif qui leur est assigné ou encore de leurs effets, pourraient contrevenir à l'interdiction du travail forcé. Dès lors que le Comité s'est limité à poser des questions sous l'*item* consacré à l'interdiction du travail forcé, il n'est pas possible de dégager de ce corps de conclusions des lignes de jurisprudence qui permettraient de distinguer les mesures d'activation coercitives portant atteinte à l'interdiction du travail forcé de celles qui y sont conformes. Nous reviendrons toutefois sur cette pratique de questionnements dans la troisième section dédiée à la mise en évidence d'une expérience expérimentaliste dans la jurisprudence du Comité relative à l'article 1, §2 (cf. *infra*, n°498-517).

**457.** En 2002, le Comité a introduit, dans ses conclusions relatives à l'application de l'article 1, §2, une troisième rubrique consacrée aux « autres aspects du travail librement entrepris », sous laquelle il a examiné trois questions : la durée du service civil obligatoire, les effets du travail à temps partiel<sup>242</sup> et la perte des allocations de chômage pour refus d'emploi. Dans le cadre du cycle de contrôle XVI-1 de 2003<sup>243</sup>, le Comité a, selon ses mots, « fait évoluer sa jurisprudence » en confirmant qu'il analyserait dorénavant systématiquement ces trois questions sous une nouvelle rubrique intitulée « Autres aspects du droit de gagner sa vie par un travail librement entrepris »<sup>244</sup>.

**458.** Le Comité a motivé l'examen systématique de la perte des allocations de chômage pour refus d'emploi comme suit :

« Au cours du cycle de contrôle XV-1, le Comité avait examiné dans certains cas les mesures que certains gouvernements ont mises en place pour soutenir l'emploi et faire baisser les dépenses afférentes aux prestations de chômage. Il avait en effet constaté que le recours à ce type de mesure, pouvant avoir un impact important sur le droit à un travail librement entrepris, devenait de plus en plus fréquent »<sup>245</sup>.

**459.** Sous ce nouveau point, le Comité s'est essentiellement penché sur des réformes des systèmes d'indemnisation du chômage par lesquelles les Etats avaient élargi le spectre des

---

<sup>242</sup> Nous avons vu *supra* que la question du temps partiel était précédemment envisagée sous l'angle du premier paragraphe de l'article 1, à travers des indicateurs de sous-emploi (n°433).

<sup>243</sup> C.E.D.S., Conclusions XVI-1 relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961, Observation interprétative relative à l'article 1, §2 de la Charte, 30 mai 2003.

<sup>244</sup> A titre exemplatif, voy. : C.E.D.S., Conclusions 2004 relatives à l'application de l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne révisée de 1996 (période de référence du 1<sup>er</sup> novembre 2000 au 31 décembre 2002), Suède, 31 avril 2004. On soulignera que, depuis 2006, le Comité a introduit un quatrième point intitulé « vie privée au travail » dans cette rubrique (C.E.D.S., Conclusions XVIII-1 relatives à l'application de l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne de 1961, 31 octobre 2006).

<sup>245</sup> C.E.D.S., Conclusions 2004 relatives à l'application de l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne révisée de 1996 (période de référence du 1<sup>er</sup> novembre 2000 au 31 décembre 2002), Suède, 31 avril 2004 ; C.E.D.S., Conclusions XVI-2 relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 21 juillet 2000 au 21 juillet 2002), Lettonie, 30 juin 2004.

emplois devant être acceptés par les chômeurs, au nom de l'obligation de disponibilité pour le travail. Le Comité n'avait jamais procédé à l'examen de cette obligation sous la rubrique de l'interdiction du travail forcé. Il a par contre établi une jurisprudence claire à l'égard de cette obligation sous l'empire de la nouvelle rubrique. S'il est, selon lui, légitime de subordonner l'octroi des allocations de chômage à une réelle disponibilité des chômeurs à reprendre un emploi, le droit à un travail librement entrepris implique toutefois que, « pendant une période initiale raisonnable, le demandeur d'emploi puisse refuser des offres qui ne correspondent pas à ses qualifications et à son expérience, sans risquer la suspension des allocations de chômage »<sup>246</sup>. Cette exigence protège le statut social et professionnel du chômeur. Elle correspond au critère principal de définition de la notion d'emploi convenable du Code européen de sécurité sociale (1964) telle qu'elle est interprétée par le Comité d'experts sur la sécurité sociale (CS-SS) et le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe<sup>247</sup>.

Pour rappel, le Code européen de sécurité sociale et son Protocole (1964) sont des instruments d'harmonisation minimum adoptés au niveau du Conseil de l'Europe qui édictent les normes minimales en matière de sécurité sociale<sup>248</sup>. Ils visent à appuyer les normes minimales contenues dans la Convention n°102 sur la sécurité sociale (norme minimum) (1952), tout en augmentant les standards de protection. Les dispositions du Code reprennent les normes minimales contenues dans la Convention n°102 alors que les dispositions du Protocole incitent les Parties à atteindre des standards plus élevés.

L'application du Code est contrôlée par l'entremise de rapports périodiques soumis par les Etats au CS-SS. Ce Comité prend des conclusions qu'il transmet au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Le Comité des Ministres étudie ces conclusions et décide à la majorité des deux tiers si les régimes de sécurité sociale respectent les normes minimales édictées par

---

<sup>246</sup> Voy. not. : C.E.D.S., Conclusions 2004 relatives à l'application de l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> novembre 2000 au 31 décembre 2002), Chypre, 31 mai 2004 ; C.E.D.S., Conclusions XVI-1 relatives à l'application de l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1999 au 31 décembre 2000), Danemark, 30 mai 2003 ; C.E.D.S., Conclusions XVI-I relatives à l'application de l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1999 au 31 décembre 2000), Allemagne, 30 mai 2003 ; C.E.D.S., Conclusions XVII-1 relatives à l'application de l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2001 au 31 décembre 2002), Allemagne, 28 février 2005.

<sup>247</sup> Sur les critères de définition de la notion d'emploi convenable dans la jurisprudence du CS-SS et du Comité des Ministres relative au Code européen de sécurité sociale, voy. E. DERMINE, « Suitable Employment and Job of Quality », in P. Vielle et S. Borelli (dir.), *Quality of Employment in Europe. Legal and Normative Perspective*, Bruxelles, PIE-Peter Lang, 2012, pp. 170-177.

<sup>248</sup> Le Code et son Protocole ont été proposés à la signature des États le 16 avril 1964 et ont pris effet le 17 mars 1968, un an après le dépôt du troisième instrument de ratification. Peu après l'entrée en vigueur du Code, le Comité des Ministres a décidé de le réviser pour améliorer les normes et introduire une plus grande flexibilité (A. GOMEZ HEREDERO, *La sécurité sociale - Sa protection sur la scène internationale et son évolution en Europe*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2008, p. 30). Le projet de Code européen de sécurité sociale révisé a été approuvé et ouvert à la signature le 6 novembre 1990 (Il a été signé par la Belgique le 6 novembre 1990). Il doit être ratifié par deux Etats pour entrer en vigueur et n'a à l'heure actuelle encore été ratifié que par les Pays-Bas (à jour au mois de septembre 2015).

le Code. S'il juge que ce n'est pas le cas, il adopte une résolution invitant la partie défaillante à remédier à la carence et à respecter ses obligations internationales<sup>249</sup>.

Un mécanisme de coopération institutionnalisée a été mis en place entre le Conseil de l'Europe et l'OIT : les rapports nationaux sont examinés par la CEACR de l'OIT avant d'être examinés par le Comité d'experts sur la sécurité sociale du Conseil de l'Europe, afin de garantir une interprétation harmonieuse des textes. C'est dans ce contexte que le Comité d'experts a retenu, comme critère principal de définition de la notion d'emploi convenable, la protection du statut social et professionnel des chômeurs pendant la période minimale d'octroi des allocations de chômage. Cette exigence constitue en effet l'essence de la notion d'emploi convenable dans la jurisprudence des organes de l'OIT (cf. *infra*, n°470-477).

Afin de déterminer les exigences concrètes qui découlent du droit au travail librement choisi face au développement de mesures d'activation coercitives, le Comité s'appuie donc sur les normes internationales minimales en matière de prestations de chômage. Le Comité n'actualise pas les exigences concrètes qui découlent du droit au travail. Profondément marqué par la conception réformatrice, il considère que le droit à l'indemnisation du chômage involontaire en l'absence d'emploi convenable constitue la garantie concrète du droit au travail dans sa dimension de liberté.

**460.** Le Comité a rapidement décidé d'étendre son analyse à la perte des allocations de chômage consécutives au refus d'une offre de formation. Depuis 2004, le titre du point est en effet intitulé « Acceptation d'une offre d'emploi ou d'une formation professionnelle comme condition du maintien des allocations de chômage » ou encore « Perte des allocations de chômage pour refus d'emploi ou de formation »<sup>250</sup>. Toutefois, le CEDS n'a en pratique presque jamais examiné des mesures de formation obligatoire sous cette rubrique. Dans les rares hypothèses contraires, il s'est borné à poser des questions aux Etats sur les conditions dans lesquelles un refus de suivre la formation serait accepté et s'il existe une possibilité de faire appel d'une éventuelle décision de réduction, de suspension ou d'exclusion des prestations de chômage<sup>251</sup>.

---

<sup>249</sup> A propos des mécanismes de contrôle de l'application du Code européen de sécurité sociale, voy. J. NICKLESS, *European Code of Social Security : A Short Guide*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2002 ; A. GOMEZ HEREDERO, *La sécurité sociale...*, *op. cit.*

<sup>250</sup> C.E.D.S., Conclusions 2004 relatives à l'application de l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> novembre 2000 au 31 décembre 2002), Bulgarie, Chypre, Estonie, Lituanie, Roumanie, 31 mai 2004 ; C.E.D.S., Conclusions XVII-1 relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2001 au 31 décembre 2002), Allemagne, Belgique, République tchèque, Danemark, Espagne, Finlande, Grèce, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, 28 février 2005.

<sup>251</sup> A titre exemplatif : C.E.D.S., Conclusions 2008 relatives à l'application de l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2005 au 31 décembre 2006), Finlande, 24 octobre 2008.

Renforcement de la contrainte économique au travail	Renforcement de la contrainte juridique au travail	Octroi de services ou de droits liés au travail
Diminution de la durée ou du montant des prestations de chômage et de l'assistance sociale (sécurité sociale)		Participation libre à des mesures actives du marché du travail Utilisation libre de services sociaux (politique active de l'emploi)
Crédits d'impôt, bonus à l'emploi (politique fiscale ou parafiscale)		Réductions de cotisations patronales (politique parafiscale)
	Participation obligatoire à des mesures actives du marché du travail Utilisation obligation de services sociaux (sécurité sociale)	
<p>Elargissement des obligations classiques de disponibilité passive pour l'emploi dans les systèmes de prestations de chômage</p> <p>Elargissement des obligations de disponibilité passive pour l'emploi dans les systèmes d'assistance sociale</p> <p>Elargissement des obligations de disponibilité active pour l'emploi dans les systèmes de prestations de chômage et d'assistance sociale</p> <p>Subordination de l'octroi des prestations de chômage ou de l'aide sociale à l'accomplissement de prestations de travail non-rémunérées (sécurité sociale)</p>		

**461.** Dans une observation interprétative de 2008, le Comité a précisé les champs d'application respectifs de l'article 12, §1 et 3 et de l'article 1, §2<sup>252</sup>. Pour rappel, l'article 12 concerne le droit à la sécurité sociale, les Etats s'engageant à établir ou à maintenir un régime de sécurité sociale au terme du premier paragraphe et à s'efforcer de porter progressivement le régime de sécurité sociale à un niveau plus haut au terme du troisième paragraphe. Le Comité a rappelé qu'en principe, les conditions de versement des allocations de chômage, en ce compris l'obligation d'accepter un emploi, devaient être appréciées dans le cadre de l'article 12 de la Charte. Il a toutefois indiqué que, dans certaines circonstances, la perte des allocations de chômage consécutive au refus d'une offre d'emploi « pourrait indirectement

<sup>252</sup> C.E.D.S., Conclusions XIX-1 relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961, Observation interprétative relative à l'article 1, §2 de la Charte, 24 octobre 2008 ; C.E.D.S., Conclusions 2008 relatives à l'application de la Charte sociale européenne révisée de 1996, Observation interprétative relative à l'article 1, §2 de la Charte, 24 octobre 2008.

constituer une restriction à la liberté de travailler de sorte que la situation devrait être examinée, à ce titre, sous l'article 1, §2 »<sup>253</sup>.

**462.** Lors du cycle de contrôle de 2012, le Comité a constaté qu'il n'avait pas reçu les informations nécessaires de la part de Etats pour contrôler la conformité de l'obligation d'accepter des emplois dans leur système de prestations de chômage au regard de l'article 1, §2<sup>254</sup>. Il a dès lors précisé, dans une observation interprétative, les circonstances dans lesquelles le fait de perdre des allocations ou une aide en cas de refus d'une offre d'emploi peut constituer une restriction à la liberté de travailler<sup>255</sup>. Pour déterminer ces circonstances, il s'est expressément référé au Guide sur la notion d'emploi convenable établi en 2009 par le Comité d'experts sur la sécurité sociale du Conseil de l'Europe, chargé de la promotion du Code européen de sécurité sociale<sup>256</sup>. Ce guide tend à redéfinir la notion d'emploi convenable à partir de la pratique des Etats. Nous y reviendrons dans la deuxième section (n°490-493). Dans l'observation interprétative, le Comité précise par ailleurs que les décisions de suppression ou de suspension des prestations doivent pouvoir faire l'objet d'un recours judiciaire.

**463.** On peut se demander si l'examen systématique de l'obligation de disponibilité au travail dans les systèmes de prestations de chômage sous la rubrique 'Autres aspects du droit au travail librement entrepris' implique que le Comité considère que cette obligation ne puisse plus être examinée sous l'angle de l'interdiction du travail forcé. Le Comité n'a jusqu'à présent pas exprimé de position claire sur ce point. En faveur de cette interprétation, on pourrait considérer que l'observation interprétative du Comité de 2003 s'inscrit dans le prolongement direct de la décision de 2000 sur le bien-fondé de la réclamation collective *QCEA c. Grèce*, dans laquelle le CEDS a jugé que l'obligation d'accomplir un service civil en remplacement du service militaire ne pouvait pas constituer, en tant que telle, une forme de travail forcé mais pouvait, en raison d'une durée excessive, constituer une restriction disproportionnée au droit au travail librement entrepris<sup>257</sup>. Dans le cadre de la procédure de contrôle, le Comité aurait créé une nouvelle rubrique 'Autres aspects du droit au travail librement entrepris' pour analyser des questions qui ne rentrent pas dans le giron de l'interdiction du travail forcé. L'obligation d'accepter un emploi ou une formation ne pourrait jamais être considérée comme une relation de travail forcé mais pourrait constituer, dans certaines circonstances, une restriction disproportionnée au droit au travail librement choisi.

---

<sup>253</sup> C.E.D.S., Conclusions XIX-1 relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961, Observation interprétative relative à l'article 1, §2 de la Charte, 24 octobre 2008 ; C.E.D.S., Conclusions 2008 relatives à l'application de la Charte sociale européenne révisée de 1996, Observation interprétative relative à l'article 1, §2 de la Charte, 24 octobre 2008.

<sup>254</sup> Entretien avec Petros Stangos, Vice-président du C.E.D.S., rapporteur pour l'article 1, §2 lors du cycle de contrôle de 2012, 5 décembre 2012.

<sup>255</sup> C.E.D.S., Conclusions 2012 relatives à l'application de la Charte sociale européenne révisée de 1996, Observation interprétative relative à l'article 1, §2 de la Charte, Décembre 2012.

<sup>256</sup> Groupe d'experts sur l'emploi convenable, *Guide sur la notion d'emploi convenable dans le cadre des prestations de chômage*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, adopté par le Comité d'experts sur la sécurité sociale (CS-SS) à Strasbourg en mars 2009.

<sup>257</sup> C.E.D.S., Décision n°8/2000 sur le bien-fondé de la réclamation n°8/1999, Conseil Quaker pour les affaires européennes (*QCEA*) v. Grèce, 25 avril 2001.



Ce renversement de jurisprudence serait néanmoins en contradiction avec la jurisprudence de l'OIT, suivant laquelle obliger les chômeurs à accepter des emplois qui ne sont pas convenables contrevient à l'interdiction du travail forcé (à ce sujet, cf. *infra*, n°470-477). Une autre interprétation consiste à considérer que l'évolution de la jurisprudence du CEDS réside simplement dans le fait qu'il analysera systématiquement la mesure sous l'angle du droit au travail librement entrepris, ce qui n'exclurait en rien qu'une telle mesure soit, dans certaines circonstances, également constitutive de travail forcé. Cette explication de la nouvelle rubrique est la seule qui soit conforme à la jurisprudence de l'OIT. Il faut par ailleurs rappeler que le Comité a décidé d'analyser systématiquement la perte des allocations de chômage pour refus d'emploi parce qu'il avait observé lors du cycle précédent la tendance des Etats à adopter ce type de mesures et qu'il était préoccupé par son impact sur le droit au travail librement entrepris<sup>258</sup>. Ayant pris connaissance du réarbitrage entre le droit et le devoir de travailler à l'œuvre dans les systèmes nationaux d'indemnisation du chômage, le Comité semble avoir procédé de la sorte pour obliger les Etats à faire rapport sur ce point précis et assurer un meilleur contrôle du phénomène.

### **§3. La jurisprudence des organes de l'OIT relative à la Convention n°29 sur le travail forcé**

*Remarque préliminaire : l'interdiction du travail forcé dans la Convention n°29 sur le travail forcé et la jurisprudence générale des organes de l'OIT*<sup>259</sup>

Suivant les termes de l'article 2, §1<sup>er</sup> de la Convention n°29, le travail forcé est *un travail ou un service, exécuté sous la menace d'une peine et contre la volonté de la personne*.

Suivant la jurisprudence de la Commission d'experts pour l'application des conventions et des recommandations (CEACR), l'interdiction du travail forcé, en ce qu'elle vise *un travail ou un service*, n'inclut pas le domaine de la formation professionnelle<sup>260</sup>.

En ce qui concerne le critère de *la menace d'une peine*, il ressort des travaux préparatoires de la Convention n°29 qu'il doit être interprété largement<sup>261</sup>. La peine peut consister en une sanction pénale

<sup>258</sup> C.E.D.S., Conclusions 2004 relatives à l'application de l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne révisée de 1996 (période de référence du 1<sup>er</sup> novembre 2000 au 31 décembre 2002), Suède, 31 avril 2004.

<sup>259</sup> Pour une analyse détaillée de la jurisprudence générale des organes de l'OIT relative au champ d'application de la Convention n°29 sur le travail forcé, voy. : E. DERMINE, « Activation Policies for the Unemployed and the International Human Rights Case Law on the Prohibition of Forced Labour », in E. Dermine et D. Dumont, *Activation Policies for the Unemployed...*, op. cit. pp. 106-113.

<sup>260</sup> O.I.T., C.E.A.C.R., Eradiquer le travail forcé, Etude d'ensemble, Rapport III (Partie 1B), C.I.T., 96<sup>ème</sup> session, Genève, 2007, p. 19, §36 ; O.I.T., C.E.A.C.R., Abolition du travail forcé, Etude d'ensemble, 1979, §20 ; O.I.T., C.E.A.C.R., Travail forcé, Etude d'ensemble, 1968, §26.

<sup>261</sup> O.I.T., C.E.A.C.R., Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales concernant les droits au travail à la lumière de la Déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable, Rapport III (Partie 1B), C.I.T., 101<sup>ème</sup> session, 2012, p. 115, §270.

mais il peut également s'agir de la perte de droits, d'avantages ou de privilèges<sup>262</sup>. La menace peut être physique, psychologique ou d'ordre financier<sup>263</sup>.

Enfin, en ce qui concerne le critère de *l'absence de consentement*, la CEACR considère que des contraintes extérieures ou des pressions indirectes peuvent invalider le consentement formellement exprimé. La CEACR considère toutefois qu'un Etat ne peut être tenu responsable de la nécessité de travailler pour vivre, sauf si la contrainte économique au travail est conjuguée avec d'autres éléments qui relèvent du ressort de l'Etat<sup>264</sup>. La CEACR souscrit au découpage intellectuel des différentes composantes du droit au travail opérées par la conception réformiste suivant laquelle l'interdiction du travail forcé prohibe la contrainte juridique au travail mais ne saisit pas l'enjeu de la contrainte économique au travail. Les limites à la contrainte économique au travail étant posées sous une autre composante du droit au travail, à savoir le droit à la sécurité sociale, plus précisément le droit à l'indemnisation du chômage en l'absence d'emploi convenable.

L'article 2, §2 de la Convention n°29 exclut de la notion de travail forcé cinq formes de travail qui, bien qu'elles répondent à la définition générale du travail forcé, ne doivent pas être considérées comme tel dans le cadre de la convention. Dans l'ensemble des hypothèses visées, le travail est imposé, premièrement, au nom de l'Etat – et non d'acteurs privés –, et, deuxièmement, sur base de motifs d'intérêt général. Par ailleurs, les conditions d'application des exclusions de la notion de travail forcé sont strictement définies afin de garantir que la restriction de liberté imposée aux individus ne soit pas disproportionnée par rapport à l'objectif d'intérêt général poursuivi par l'Etat. La lettre du texte plaide pour une interprétation stricte du texte qui conduit à considérer la liste des formes de travail exclues de la notion de travail forcé comme une énumération exhaustive. Dans le cadre d'une procédure de réclamation, le texte a pourtant été appliqué par analogie, par le comité tripartite du conseil d'administration de l'OIT à une autre forme de travail imposée par un Etat pour des motifs d'intérêt général. Ce dernier a considéré en 2008 que le système des avocats commis d'office au Chili, bien que ne rentrant pas dans les limites d'un des cinq exceptions au champ d'application de la convention, pouvait y être assimilé, s'il s'inscrivait dans des limites raisonnables de proportionnalité<sup>265</sup>. Lorsque le travail est imposé par l'Etat au nom de considérations d'intérêt général, émerge alors un quatrième critère de définition du travail forcé : le fardeau imposé aux individus doit être *disproportionné* par rapport à l'objectif poursuivi par l'Etat<sup>266</sup>.

<sup>262</sup> O.I.T., Commission du travail forcé, Compte-rendu des travaux, C.I.T., 14<sup>ème</sup> session, Genève, 1930, p. 691 ; voy. également : O.I.T., C.E.A.C.R., Le travail forcé, *op. cit.*, §27 ; O.I.T., C.E.A.C.R., Abolition du travail forcé, *op. cit.*, §21 ; O.I.T., C.E.A.C.R., Eradiquer le travail forcé, *op. cit.*, §37.

<sup>263</sup> O.I.T., Rapport du Directeur général du BIT, Une alliance mondiale contre le travail forcé, Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, Rapport I(B), C.I.T., 93<sup>ème</sup> sess., 2005, pp. 5-6, §14.

<sup>264</sup> O.I.T., C.E.A.C.R., Eradiquer le travail forcé, *op. cit.*, p. 21, §39.

<sup>265</sup> O.I.T., Rapport du Comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par le Chili de la convention n°29 sur le travail forcé, 1930, présentée en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT par le Colegio de Abogados de Chile A.G. (Collège des avocats du Chili), Genève, 11 novembre 2008. A propos de cette affaire, voy. E. DERMINE, « Activation Policies for the Unemployed and the International Human Rights Case Law on the Prohibition of Forced Labour », in E. Dermine et D. Dumont, *Activation Policies for the Unemployed...*, *op. cit.* pp. 111-113 (dans cette contribution, il est également procédé, aux pages 117 à 123, à une comparaison avec l'arrêt Van der Musselle c. Belgique (1983), dans lequel la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée sur la conformité du système belge d'avocats commis d'office au regard de l'interdiction du travail forcé consacrée à l'article 4, §§2 et 3 de la Convention européenne des droits de l'homme).

<sup>266</sup> A ce propos, voy. E. DERMINE, « Activation Policies for the Unemployed and the International Human Rights Case Law on the Prohibition of Forced Labour », *op. cit.*, pp. 110-113.

On relèvera enfin qu'en retenant une définition générale du travail forcé dans la convention n°29, l'OIT a manifesté sa volonté d'appréhender des phénomènes évolutifs<sup>267</sup>. Dans ses études d'ensemble consacrées au travail forcé<sup>268</sup>, la CEACR insiste sur le caractère polymorphe qu'a pu et peut revêtir le travail forcé dans le temps et sur l'interprétation dynamique du phénomène qu'elle doit dès lors effectuer. Dans ses études d'ensemble sur le travail forcé, la CEACR fait dès lors le point sur les nouvelles législations et pratiques nationales susceptibles de poser question au regard des conventions sur le travail forcé<sup>269</sup>.

**464.** Sur base de l'interdiction du travail forcé consacrée dans la Convention n°29, les organes de l'OIT posent à ce jour deux limites à la tendance coercitive de l'activation au sein des pays industrialisés. Chacune de ses limites a trait à un type de mesures d'activation particulier. La première porte sur les mesures qui conditionnent l'octroi des prestations sociales à l'accomplissement de prestations de travail non-rémunérées (les mesures dites de *workfare*). Selon les organes de l'OIT, l'obligation de participer à des programmes de travail est constitutive de travail forcé lorsqu'elle est mise en œuvre dans des systèmes contributifs de prestations de chômage (b). La seconde balise concerne les mesures d'activation qui élargissent la portée de l'obligation de disponibilité au travail dans les systèmes de prestations de chômage (peu importe qu'ils soient contributifs ou non). Selon les organes de l'OIT, les réformes qui contraignent les bénéficiaires de prestations de chômage à accepter des emplois qui ne sont pas convenables contreviennent à l'interdiction du travail forcé.

#### a. L'interdiction de conditionner le droit aux prestations contributives de chômage à la condition d'accomplir des prestations de travail

**465.** Dans les années 1980, la Commission d'experts pour l'application des conventions et des recommandations (CEACR) s'est penchée sur deux lois chiliennes. La première de 1974 conditionnait l'accès à des prestations de chômage non-contributives à l'accomplissement d'un programme minimum d'emploi. La seconde de 1981 affectait les bénéficiaires de l'assurance chômage à des travaux d'assistance en faveur de la communauté.

Ces deux réformes chiliennes ne s'inscrivent pas, à strictement parler, dans le phénomène étudié, à savoir l'activation des allocataires dans les pays industrialisés depuis le début des années 1990. Néanmoins, ces cas doivent être analysés, dès lors qu'ils ont confronté pour la première fois la CEACR à la question de savoir si les obligations liées au travail dans les systèmes de sécurité sociale (nous avons vu qu'à travers les systèmes de sécurité sociale, les Etats juridicisent en effet le devoir moral de travailler, cf. *supra*, n°90) pouvaient être

<sup>267</sup> O.I.T., C.E.A.C.R., Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales concernant les droits au travail à la lumière de la Déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable, *op. cit.*, §272 ; O.I.T., C.E.A.C.R., Travail forcé, Rapport I, C.I.T., 14<sup>ème</sup> session, Genève, 1930, pp. 129-131.

<sup>268</sup> O.I.T., C.E.A.C.R., Le travail forcé, *op. cit.* ; O.I.T., C.E.A.C.R., Abolition du travail forcé, *op. cit.* ; O.I.T., C.E.A.C.R., Eradiquer le travail forcé, *op. cit.*

<sup>269</sup> Voy. not. : O.I.T., C.E.A.C.R., Eradiquer le travail forcé, *op. cit.*, p. xii.

examinées sous l'angle du droit au travail librement choisi, et plus spécifiquement au regard de l'interdiction du travail forcé. Par la suite, la CEACR a régulièrement été amenée à se prononcer sur des mesures d'activation coercitives adoptées par les pays industrialisés à l'égard des personnes sans emploi, plus précisément les mesures qui renforcent la contrainte juridique au travail dans les systèmes de prestations de chômage ou de l'assistance sociale. Confrontée au phénomène de l'activation, elle a largement suivi les lignes de jurisprudence dégagées dans ces deux cas.

Dans le cadre de la première loi chilienne, les travailleurs affectés au programme d'emploi minimum étaient occupés à temps plein pour une rémunération inférieure à la moitié du salaire minimum et ne bénéficiaient ni du régime de sécurité sociale ni de congés payés. La CEACR a estimé que les participants à ce programme ne pouvaient pas être considérés comme occupant un emploi productif et librement choisi, au sens de la Convention n°122 sur la politique de l'emploi<sup>270</sup>. Suite à l'introduction de réclamations alléguant que cette loi violait la Convention n°29 sur le travail forcé, le Comité tripartite du conseil d'administration de l'OIT a ensuite estimé que le travail ne pouvait pas être considéré comme volontaire, dès lors qu'un grand nombre de personnes étaient rétribuées à des taux excessivement bas et ne bénéficiaient pas de la protection de la législation du travail et de la sécurité sociale et ce d'autant plus qu'il ne s'agissait pas d'une solution d'urgence et de nature provisoire<sup>271</sup>. En conformité avec la jurisprudence générale de l'OIT relative à la définition du travail forcé, le Comité a considéré que la contrainte économique indirecte invalidait le consentement formellement exprimé, si l'Etat en tire avantage (à ce propos, cf. *supra*, la remarque préliminaire). Etrangement, le Comité ne s'est pas référé à l'autre critère de définition du travail forcé de l'article 2, §1 de la Convention n°29, soit la menace d'une peine.

En ce qui concerne la seconde loi, la CEACR a estimé que le gouvernement chilien ne parvenait pas à établir le caractère volontaire des travaux. Elle a ensuite vérifié si le second critère de définition du travail forcé était rencontré. Elle a estimé que les travaux étaient imposés sous la menace d'une peine, plus précisément la perte d'un droit, dès lors qu'ils visaient des chômeurs qui, en tant qu'anciens travailleurs, avaient cotisé pour ouvrir le droit aux allocations de l'assurance chômage<sup>272</sup>.

---

<sup>270</sup> O.I.T., C.E.A.C.R., Observation sur l'application de la Convention n°122 de 1964 sur la politique de l'emploi, Chili, C.I.T., 69<sup>ème</sup> session, 1981 ; O.I.T., C.E.A.C.R., Observation sur l'application de la Convention n°122 de 1964 sur la politique de l'emploi, Chili, 71<sup>ème</sup> session, 1983.

<sup>271</sup> O.I.T., Rapport du Comité désigné pour examiner la réclamation présentée par le Conseil national de coordination syndicale du Chili (CNS) en vue de l'article 24 de la Constitution et alléguant l'inexécution par le Chili des conventions internationales du travail n°1, 2, 29, 30 et 122, mai 1984, Vol. LXVIII, 1985, Série B, Supplément spécial 2/1985 ; O.I.T., Rapport du Comité désigné pour examiner la réclamation présentée par le Conseil national de coordination syndicale du Chili (CNS) en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT et alléguant l'inexécution par le Chili des conventions n°1, 2, 24, 29, 30, 35, 37, 38 et 111, novembre 1986, Vol. LXXI, 1988, Série B, Supplément 1.

<sup>272</sup> O.I.T., C.E.A.C.R., Observation sur l'application de la Convention n°122 de 1964 sur la politique de l'emploi, Chili, C.I.T., 69<sup>ème</sup> session, 1981 ; O.I.T., C.E.A.C.R., Observation sur l'application de la Convention n°122 de 1964 sur la politique de l'emploi, Chili, 71<sup>ème</sup> session, 1983. Voy. aussi : O.I.T., C.E.A.C.R., Demande directe au Chili concernant l'application de la Convention n°29 de 1930 sur le travail forcé, adoptée en 1990, C.I.T., 77<sup>ème</sup> session, 1990 ; O.I.T., C.E.A.C.R., Demande directe au Chili concernant l'application de la Convention n°29 de 1930 sur le travail forcé, adoptée en 1992, C.I.T., 79<sup>ème</sup> session, 1992 ; O.I.T., C.E.A.C.R., Demande directe au Chili concernant l'application de la Convention n°29 de 1930 sur le travail forcé, adoptée en

**466.** Dans une étude d'ensemble spéciale de 1997<sup>273</sup>, la CEACR a développé pour la première fois, en réponse à une inquiétude soulevée par le Canada, une position générale et complète sur la question de savoir si le fait de conditionner l'octroi des prestations de chômage à l'accomplissement d'un travail pouvait constituer du travail forcé au sens de la Convention n°29.

La CEACR s'est tout d'abord référée à la définition générique du travail forcé ou obligatoire, spécifiée à l'article 2, §1<sup>er</sup> de la Convention n°29 : il s'agit d'un travail ou d'un service accompli par un individu « sous la menace d'une peine » et « pour lequel ledit individu ne s'est pas offert de plein gré ». Elle a ensuite rappelé que la peine pouvait prendre la forme d'une privation de quelque droit ou avantage. Sur base du critère de la menace d'une peine, elle a effectué une première distinction entre deux situations :

« Si, comme c'est le cas dans la plupart des pays, le versement des indemnités de chômage et autres prestations est soumis à la condition que le bénéficiaire ait travaillé ou cotisé à un régime d'assurance chômage pendant une période minimale et que la période pendant laquelle les prestations sont versées est liée à la durée pendant laquelle il a travaillé, le fait d'exiger en outre l'accomplissement d'un travail constituerait du travail obligatoire sanctionné par la perte des prestations auxquelles l'intéressé avait droit. Toutefois, si les prestations en question ne sont pas assises sur un travail antérieur ou sur des cotisations mais constituent une mesure sociale en faveur des chômeurs, sur simples critères sociaux, l'obligation d'accomplir un travail en contrepartie ne constituerait pas en elle-même du travail forcé ou obligatoire au sens de la convention »<sup>274</sup>.

Ainsi, selon la CEACR, conditionner l'octroi des prestations de chômage à l'accomplissement de prestations de travail serait constitutif de travail forcé dans les systèmes d'assurance chômage. Par contre, lorsque le droit aux prestations sociales ne repose pas sur une période proportionnée de travail antérieur, le législateur serait libre d'imposer un travail aux chômeurs en contrepartie. Il en irait ainsi dans les systèmes d'assistance sociale, lesquels sont ouverts aux personnes privées d'emploi peu importe qu'elles aient ou non travaillé sur base d'une unique condition de ressources. Ce serait également le cas dans les systèmes de prestations de chômage dans deux hypothèses spécifiques : lorsque les prestations de chômage ne sont pas liées à l'accomplissement d'une période de travail antérieure ou, si c'est le cas, lorsqu'elles sont octroyées pour une durée qui n'est pas proportionnée au regard de la période pendant laquelle la personne a travaillé<sup>275</sup>. Le raisonnement de la CEACR semble être que, dans ces derniers cas, le travail ne serait pas imposé sous la menace de la perte d'un droit. Dans la

---

1995, C.I.T., 82<sup>ème</sup> session, 1995 ; O.I.T., C.E.A.C.R., Demande directe au Chili concernant l'application de la Convention n°29 de 1930 sur le travail forcé, adoptée en 1996, C.I.T., 85<sup>ème</sup> session, 1997.

<sup>273</sup> O.I.T., C.E.A.C.R., Etude d'ensemble spéciale, Rapport III (partie 1A), C.I.T., 86<sup>ème</sup> session, 1998, §106.

<sup>274</sup> O.I.T., C.E.A.C.R., Etude d'ensemble spéciale, Rapport III (partie 1A), C.I.T., 86<sup>ème</sup> session, 1998, première partie: rapport général, §106.

<sup>275</sup> Cette dernière hypothèse inclut évidemment les systèmes d'assistance chômage, mais elle peut également viser certains systèmes hybrides d'assurance chômage. Nous pensons particulièrement au système belge d'assurance chômage. Il nous semble que ce dernier doit être inclus dans l'hypothèse quand les prestations sont octroyées aux jeunes sans condition de travail mais également, plus généralement, quand leur durée d'octroi dépasse la durée proportionnée à la période de travail (dès lors qu'en Belgique, les prestations d'assurance chômage sont par principe octroyées pour une durée illimitée).

perception de la CEACR, les bénéficiaires de prestations sociales pourraient uniquement se prévaloir d'un droit aux prestations sociales s'ils ont contribué au système en amont. La définition de la notion de droit comme contributif apparaît très restrictive, particulièrement au regard du fait que de nombreux instruments internationaux consacrent le droit à l'assistance sociale. En ce sens, le CEDS a exprimé dès 1961 qu'en consacrant le droit à l'assistance sociale (article 13 de la Charte sociale européenne) :

« les rédacteurs de la Charte se sont efforcés de rompre avec la notion ancienne de l'assistance qui se confondait avec l'exercice de la charité. L'adoption d'une conception nouvelle de l'assistance se traduit dans la terminologie utilisée par la Charte; ainsi, l'expression 'personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes' se substitue à celle d' 'indigent', utilisée naguère, alors que l' 'indigence' est qualifiée désormais d' 'état de besoin'. De ce point de vue, néanmoins, le contenu des différentes dispositions de l'article 13 apparaît encore plus significatif. C'est ainsi, tout d'abord, que le paragraphe 1er de l'article 13 impose aux Etats qui l'ont accepté l'obligation de reconnaître aux personnes privées de ressources un véritable droit subjectif à l'assistance; il ne s'agit donc plus pour les Parties Contractantes d'une simple faculté d'accorder l'assistance dont elles pourraient faire usage de manière discrétionnaire, mais d'une obligation dont le respect peut être réclamé devant les tribunaux »<sup>276</sup>.

Par ailleurs, le droit à la sécurité sociale dans les textes internationaux vise la couverture du risque que constitue le chômage involontaire peu importe que les prestations soient ou non contributives. Dans les deux cas, c'est la survenance du risque qui ouvre un droit aux allocations.

Le raisonnement de la CEACR ne s'arrête toutefois pas là. En ce qui concerne les systèmes non-contributifs, la CEACR a ajouté que « si l'indemnité versée devait constituer une rémunération excessivement faible pour le travail accompli, ce système reviendrait à exploiter les contraintes en offrant aux gens qui n'ont pas d'autre possibilité un emploi à des conditions qui ne seraient normalement pas acceptables »<sup>277</sup>. Il s'agit de la seconde distinction élaborée par la Commission. Cette position est conforme à la jurisprudence générale de l'OIT sur l'interdiction du travail forcé, suivant laquelle la coercition indirecte peut invalider le consentement formellement exprimé (cf. *supra*, la remarque préliminaire). Dans l'affaire en cause, la Commission s'est référée au rapport adopté en novembre 1997 par le Comité tripartite du conseil d'administration de l'OIT qui avait été chargé d'examiner une réclamation à l'encontre du Sénégal<sup>278</sup>. Se référant aux rapports rendus suite aux réclamations introduites à l'encontre du Chili en 1983 et en 1985<sup>279</sup>, le Comité tripartite avait précisé dans son rapport

---

<sup>276</sup> C.E.D.S., Conclusions I relatives à l'application de l'article 13 de la Charte sociale européenne de 1961, Observation interprétative, 31 mai 1969.

<sup>277</sup> O.I.T., C.E.A.C.R., Etude d'ensemble spéciale, Rapport III (partie 1A), C.I.T., 86<sup>ème</sup> session, 1998, première partie: rapport général, §106.

<sup>278</sup> O.I.T. Rapport du Comité chargé d'examiner la réclamation présentée par le Syndicat unique et démocratique des enseignants du Sénégal (SUDES) en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT, alléguant l'inexécution par le Sénégal de la Convention n°105 sur l'abolition du travail forcé, 1957, document GB.270/15/3, novembre 1997.

<sup>279</sup> O.I.T., Rapport du Comité désigné pour examiner la réclamation présentée par le Conseil national de coordination syndicale du Chili (CNS) en vue de l'article 24 de la Constitution et alléguant l'inexécution par le

que, si la contrainte économique pouvait revêtir une réalité relevant du travail forcé, l'Etat ne pouvait en être tenu responsable s'il ne l'avait pas « créée », « fomentée » ou « exploitée en offrant, à ceux qui n'avaient pas d'alternative, des conditions de service qui ne seraient pas normalement acceptables »<sup>280</sup>. Cette exigence fait écho à la jurisprudence générale des organes de l'OIT relative au critère de l'absence de consentement, suivant laquelle un Etat peut être tenu responsable de la contrainte économique de travailler, uniquement si elle est conjuguée avec des éléments qui sont du ressort de l'Etat. Ainsi, même dans les systèmes non-contributifs, des exigences s'imposent aux Etats au regard de l'interdiction du travail forcé lorsqu'ils imposent une obligation de travailler en contrepartie de l'octroi des indemnités. Cette balise n'apparaît cependant qu'à une seule reprise à travers la jurisprudence des organes de l'OIT, contrairement à la balise relative aux régimes contributifs qui a été confirmée dans l'étude d'ensemble de 2007.

Certains membres employeurs de la Commission de l'application des normes avaient fait part de préoccupations par rapport à la position de la CEACR. En considérant que le fait de conditionner les indemnités de chômage à une obligation de travail pouvait, dans certaines circonstances, être contraire à l'interdiction du travail forcé, la CEACR aurait, selon eux, outrepassé sa mission d'application des normes et aurait fait œuvre de législateur<sup>281</sup>. On relèvera pourtant que la Conférence, soit l'organe législatif de l'OIT, avait déjà mis en évidence le lien entre programmes de travail obligatoire pour les chômeurs et travail forcé dans la Recommandation n°136 sur les programmes spéciaux d'emploi et de formation de la jeunesse en vue du développement, laquelle avait été adoptée en 1970. Cette recommandation intervenait certes dans un contexte distinct de celui de la crise d'efficacité du modèle réformiste de réalisation du droit au travail dans les pays industrialisés. Elle s'inscrivait dans le contexte de transition et de transformation des pays en voie de développement. Tout comme dans le contexte étudié, il s'agissait toutefois de développer des programmes de travail obligatoire à l'égard de chômeurs dans l'objectif de lutter contre le chômage et de donner aux chômeurs les qualifications nécessaires pour faire face à une économie en transformation et à une évolution des besoins sur le marché du travail. Dans cette

---

Chili des Conventions internationales du travail n°1, 2, 29, 30 et 122, mai 1984, Vol. LXVIII, 1985, Série B, Supplément spécial 2/1985 ; O.I.T., Rapport du Comité désigné pour examiner la réclamation présentée par le Conseil national de coordination syndicale du Chili (CNS) en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT et alléguant l'inexécution par le Chili des Conventions n°1, 2, 24, 29, 30, 35, 37, 38 et 111, novembre 1986, Vol. LXXI, 1988, Série B, Supplément 1.

<sup>280</sup> O.I.T., Rapport du Comité chargé d'examiner la réclamation présentée par le Syndicat unique et démocratique des enseignants du Sénégal (SUDES) en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT, alléguant l'inexécution par le Sénégal de la convention n°105 sur l'abolition du travail forcé, 1957, document GB.270/15/3, novembre 1997, §31.

<sup>281</sup> O.I.T., Commission de l'application des normes, Rapport général, C.I.T., 86<sup>ème</sup> session, Genève, juin 1998, §92 : « Les membres employeurs ont fait observer que le rapport contenait des informations fournies par les gouvernements sur un certain nombre d'obstacles à la ratification ainsi que sur les circonstances pouvant constituer des violations de la convention n° 29. C'est ainsi que, par exemple, dans certains pays, il peut être exigé de travailler pour percevoir des indemnités de chômage, ce qui conduit à se demander si, dans un système mixte, l'obligation d'accomplir un travail en échange d'indemnités peut constituer un travail forcé. Les dispositions des conventions ont été conçues pour fonder des principes généraux et réglementer les situations les plus caractéristiques, mais non pour couvrir toutes les modalités possibles. Il en résulte que, dans certains cas, il peut être difficile de qualifier des situations de fait de violations. Ce n'est pas le rôle de la commission d'experts d'appliquer ces règles générales à chaque situation particulière car elle risquerait, ce faisant, de créer des normes et non de veiller à leur application. Le système de contrôle n'a pas pour objet l'élaboration de normes ».

recommandation, la Conférence internationale du travail a veillé à déterminer les objectifs, les méthodes et les garanties de ces programmes afin de s'assurer que les conditions de service dans ces programmes soient pleinement compatibles avec les autres normes internationales du travail. Parmi ces normes, la Conférence vise expressément les conventions sur l'interdiction du travail forcé<sup>282</sup>.

**467.** Dans sa dernière étude d'ensemble relative aux instruments sur le travail forcé, la CEACR a identifié le fait de conditionner l'octroi des prestations d'assurance chômage à l'accomplissement d'un travail obligatoire comme une des nouvelles tendances observées dans la législation et la pratique des Etats posant des problèmes au regard de l'application effective des conventions sur le travail forcé<sup>283</sup>. Elle s'est référée à la position de principe et très peu diffusée qu'elle avait développé en 1997 et elle a rappelé que l'obligation d'exécuter un travail constitue *per se* une violation de l'interdiction du travail forcé, dans les régimes assurantiels de chômage<sup>284</sup>. Afin de renforcer l'assise juridique de sa balise, elle se réfère aux notions de « disponibilité pour le travail » et d' « emploi convenable » contenues dans la Convention n°102 concernant la sécurité sociale (norme minimale) (1952). Si la disponibilité pour le travail est une condition classique de versement des prestations de chômage, les chômeurs ont cependant le droit de refuser les emplois qui ne sont pas convenables. Elle considère dès lors que « dans la mesure où le travail exigé ne correspondrait pas à un « emploi convenable », on serait en présence d'une forme de travail forcé »<sup>285</sup>.

Dans une observation relative à l'application de la Convention n°29 sur le travail forcé adoptée en 2012<sup>286</sup>, la CEACR a rappelé cette jurisprudence à l'Albanie qui impose aux bénéficiaires de l'assurance chômage de participer à des travaux d'intérêt public. Même si ces travaux d'intérêt général ont un but économique et visent à l'insertion des catégories les plus faibles de la société, ils constituent, selon la CEACR, du travail forcé en ce qu'ils sont obligatoires et sont accomplis sous la menace de la suppression des allocations de chômage. La CEACR a dès lors invité l'Albanie à mettre sa législation en conformité avec la convention sur ce point.

On relèvera que, dans son étude d'ensemble de 2007, la CEACR ne s'exprime plus sur les conditions dans lesquelles l'obligation de participer à un programme de travail dans les systèmes de prestations non-contributives est constitutive de travail forcé.

**468.** Au regard de l'interdiction du travail forcé, la CEACR pose donc une première limite à la tendance des Etats industrialisés à développer des mesures d'activation coercitives en réponse à la crise d'efficacité du modèle réformiste de réalisation du droit au travail et à la crise de légitimité des systèmes d'indemnisation du chômage. Dans un premier temps, la CEACR se réfère indirectement au critère législatif abstrait de définition du travail forcé que constitue la menace d'une peine. Toutefois, afin de le concrétiser, elle s'appuie sur la

---

<sup>282</sup> Voy. notamment : le sixième paragraphe du préambule de la recommandation.

<sup>283</sup> O.I.T., C.E.A.C.R., Eradiquer le travail forcé, *op. cit.*, p. xii et p. 72 et s.

<sup>284</sup> O.I.T., C.E.A.C.R., Eradiquer le travail forcé, *op. cit.*, p. 72, §129.

<sup>285</sup> *Ibid.*

<sup>286</sup> O.I.T., C.E.A.C.R., Observation individuelle au Royaume-Uni concernant la Convention n°122 sur la politique de l'emploi (1964), adoptée en 2012, 102<sup>ème</sup> session, 2013.



distinction traditionnelle dans nos modèles de sécurité sociale entre les régimes contributifs et non-contributifs de l'indemnisation du chômage. Dans les systèmes contributifs, les chômeurs ouvrent le droit aux prestations parce qu'ils ont travaillé et contribué précédemment au système. On ne peut faire de l'accomplissement de prestations de travail une condition supplémentaire à l'octroi des prestations. La CEACR se fonde donc sur les conditions d'octroi de l'assurance chômage pour établir une première limite au développement des mesures d'activation coercitives.

Les membres employeurs de la Commission pour l'application des normes ont critiqué ce qui constitue, selon eux, une lecture qui dépasserait la lettre et l'esprit des Conventions n°29 et n°105 sur le travail forcé. Défendant une conception libérale de l'interdiction du travail forcé, ils estiment que ces conventions visent à protéger contre les « menaces qui pèsent sur la libre relation d'emploi » et constituent « de véritables piliers des économies fondées sur le libre marché »<sup>287</sup>. Les membres travailleurs de la conférence rappellent quant à eux que la convention est un instrument dynamique : elle permet de saisir les nouvelles formes de travail forcé qui apparaissent au gré des mutations du contexte socio-économique ; ils citent notamment la mondialisation et la fin de l'Etat-providence<sup>288</sup>. Au regard de l'analyse menée dans les deux premiers titres de la recherche, il apparaît que la limite édictée par la CEACR vise à protéger le modèle réformiste de réalisation du droit au travail. Certes, l'activation par le renforcement de la contrainte juridique au travail n'implique en aucune manière d'imposer un devoir général de travailler : les individus demeurent formellement libres de ne pas travailler en renonçant aux allocations sociales. Nous avons toutefois vu que la conception réformiste du droit au travail ne se préoccupe pas uniquement de la question de la contrainte juridique au travail. A la différence de la conception libérale, elle est également attentive à la question de la contrainte économique au travail : dans cette conception, le droit à la sécurité sociale doit permettre de soutenir la réalisation effective du droit au travail librement entrepris. La première limite au développement de mesures d'activation coercitives s'appuie donc sur la conception réformiste d'après-guerre du droit au travail dans laquelle la contrainte économique au travail est plus précisément limitée par la reconnaissance d'un droit à l'indemnisation du chômage, concrètement mis en place dans la très large majorité des Etats industrialisés via la technique de l'assurance.

#### **b. L'interdiction d'étendre l'obligation de disponibilité au travail aux emplois qui ne sont pas convenables dans les systèmes de prestations de chômage**

**469.** Nous avons vu que, dans les années nonante, certains pays ont commencé à élargir la portée de l'obligation générale de disponibilité pour le travail dans les systèmes de prestations de chômage, allant parfois jusqu'à supprimer la possibilité de refuser un emploi non

---

<sup>287</sup> O.I.T., Commission de l'application des normes de la Conférence, Rapport général, Extraits du compte-rendu des travaux, C.I.T., 96<sup>ème</sup> session, 2007, §130.

<sup>288</sup> O.I.T., Commission de l'application des normes de la Conférence, Rapport général, Extraits du compte-rendu des travaux, C.I.T., 96<sup>ème</sup> session, 2007, §86.

convenable aux bénéficiaires de l'assurance chômage (cf. *supra*, n°216). Certains de ces Etats ont mentionné ces réformes dans leurs rapports concernant l'application de la Convention n°102 sur la sécurité sociale (norme minimale) (1952). La CEACR a donc généralement examiné ces réformes au regard de cette convention<sup>289</sup>. Cette dernière a toutefois également eu l'occasion d'analyser la réforme danoise au regard de la Convention n°29 sur le travail forcé et a par la suite développé une position générale sur les réformes qui élargissent l'obligation générale de disponibilité au travail.

**470.** Par une réforme de l'assurance chômage de 2002, le Danemark avait supprimé la distinction entre l'emploi « convenable » (correspondant aux aptitudes, aux qualifications, à l'expérience acquise et à la durée de service de la personne au chômage dans l'emploi précédent) et l'emploi « raisonnable » (en dehors du secteur d'activité de la personne à la recherche d'un emploi). Au terme de la nouvelle réglementation, il était dorénavant exigé des chômeurs qu'ils acceptent les offres d'emploi raisonnable dès leur premier jour de chômage, sans prise en considération de leur occupation professionnelle précédente, alors que, sous l'ancienne réglementation, les chômeurs avaient le droit de refuser les offres d'emploi qui ne correspondaient pas à leur domaine professionnel précédent durant les trois premiers mois de chômage.

**471.** En 2004, la Commission a examiné la conformité de la réforme danoise de 2002 à la Convention n°102 de l'OIT concernant la sécurité sociale (norme minimum)<sup>290</sup>. Elle a commencé par partager les préoccupations exprimées par le Comité européen des droits sociaux (CEDS), lequel avait également examiné cette réforme danoise dans ses conclusions XVII-1 relatives à l'application de l'article 12, §3 de la CSE<sup>291</sup>. Pour rappel, cet article engage les Etats « à porter progressivement le régime de sécurité sociale à un niveau plus haut ». Ensuite, il a rappelé que la notion d'emploi convenable est centrale dans la Partie IV de la Convention n°102 consacrée aux prestations de chômage. A travers cette notion, les chômeurs se voient garantis qu'ils peuvent refuser un emploi qui ne correspond pas à leurs aptitudes, leurs qualifications, à l'expérience acquise ou à la durée du service dans l'emploi précédent au moins durant la période minimum de protection de 13 semaines<sup>292</sup>, sans risquer de voir leurs allocations réduites, suspendues ou définitivement coupées. La CEACR a dès lors demandé au gouvernement danois de clarifier comment il donnait effet aux dispositions de la Convention dédiées à la notion d'emploi convenable. En outre, elle a demandé des informations complémentaires sur les directives internes au service de l'emploi pour faire des offres d'«emploi raisonnable» aux demandeurs d'emploi et pour déterminer si la personne concernée avait un motif raisonnable de refuser une telle offre. Elle a particulièrement insisté sur la mesure dans laquelle il était tenu compte des qualifications professionnelles et du statut

---

<sup>289</sup> Pour une analyse de la jurisprudence de la CEACR relative à la notion d'emploi convenable sous l'angle de la Convention n°102 de l'OIT, voy. : E. DERMINE, « *Suitable Employment and Job of Quality* », *op. cit.*, pp. 167-170.

<sup>290</sup> O.I.T., C.E.A.C.R., Demande directe au Danemark concernant l'application de la Convention n°102 sur la sécurité sociale (norme minimum), adoptée en 2004, C.I.T., 93ème session, 2005.

<sup>291</sup> C.E.D.S., Conclusions XVII-1 relatives à l'application de l'article 12, §3 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2001 au 31 décembre 2002), Danemark, 28 février 2005.

<sup>292</sup> Conformément à l'article 24 de la Convention n°52 concernant la sécurité sociale (norme minimum), les prestations de chômage doivent être accordées pour une période minimale de 13 semaines.

social de la personne en question ou de sa situation personnelle et familiale lorsque le travail proposé nécessitait un changement de résidence. Elle a également demandé des informations statistiques sur le nombre de cas dans lesquels les allocations de chômage avaient été suspendues, suite à un refus d'accepter une offre d'emploi.

**472.** Par après, suite à une interpellation de l'Association danoise d'enseignants en 2004, la CEACR a été amenée, en 2005, à examiner la réforme au regard de la Convention n°29 sur le travail forcé<sup>293</sup>. Comme elle l'avait fait lors de la supervision de l'application de la Convention n°102 sur la sécurité sociale, la CEACR s'est référée au raisonnement exprimé par le CEDS dans ses conclusions XVII-1 relatives à l'application de l'article 12, §3 de la CSE. Selon le CEDS, les règles en matière de disponibilité résultant de la réforme de 2002 étaient d'une grande sévérité, en ce qu'elles contraignaient quasiment les chômeurs, sous peine de perdre leurs prestations, à accepter dès le premier jour de chômage un poste dans n'importe quel secteur d'activité professionnelle. La CEACR a expressément reproduit les propos du Comité de Strasbourg, lequel avait estimé que :

« le système de prestations de chômage avait notamment pour but d'offrir aux chômeurs, dans un premier temps du moins, une protection adéquate qui leur évite de devoir accepter tout emploi dans quelque domaine d'activité professionnelle que ce soit, et ce précisément pour leur donner la possibilité de trouver un poste qui leur convienne compte tenu de leurs préférences personnelles, de leurs aptitudes et de leurs qualifications »<sup>294</sup>.

La CEACR, dans la ligne du CEDS, souhaitait ainsi mettre en évidence que les systèmes de prestations de chômage participent à la sécurisation du droit au travail librement choisi. Elle a ensuite demandé au gouvernement danois de lui donner des informations plus complètes et plus explicites sur le fonctionnement du régime d'assurance chômage. A cet égard, il a renvoyé aux questions posées en 2004 dans le cadre du contrôle de l'application de la Convention n°102. Pour rappel, ces questions visaient à évaluer si la nouvelle législation et sa mise en œuvre étaient conformes à la notion d'emploi convenable consacrée dans la Convention n°102.

En réponse à la demande directe de 2006, le Gouvernement danois a indiqué que dans tous les cas où une sanction avait été prononcée, l'offre d'emploi déclinée par le demandeur d'emploi relevait de son domaine d'activités, à l'exception d'un cas où le demandeur avait été dirigé vers un emploi relevant d'un secteur d'activités associé pour lequel il avait reçu une formation.

**473.** Dans une demande directe ultérieure, la CEACR s'est d'abord référée aux commentaires qu'elle avait adoptés dans l'entretemps dans son étude d'ensemble de 2007 intitulée « Eradiquer le travail forcé »<sup>295</sup>. Dans ce document, la CEACR avait observé que, dans un contexte de chômage croissant, et notamment de chômage de longue durée, les pays

---

<sup>293</sup> O.I.T., C.E.A.C.R., Demande directe au Danemark concernant l'application de la Convention n°29 sur le travail forcé, adoptée en 2005, C.I.T., 95<sup>ème</sup> session, 2006.

<sup>294</sup> C.E.D.S., Conclusions XVII-1 relatives à l'application de l'article 12, §3 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2001 au 31 décembre 2002), Danemark, 28 février 2005.

<sup>295</sup> O.I.T., C.E.A.C.R., Eradiquer le travail forcé, *op. cit.*.

industrialisés avaient tendance à élargir le spectre des emplois qui doivent être acceptés par les chômeurs, sous peine de voir leurs prestations suspendues, réduites ou supprimées<sup>296</sup>. Selon la CEACR, la condition classique d'octroi des prestations de chômage que constitue la disponibilité au travail peut s'avérer contraire à la Convention sur le travail forcé si elle est utilisée comme une sanction ou encore s'il est exigé des chômeurs qu'ils acceptent des emplois qui ne seraient pas convenables au sens de la Convention n°102 concernant la sécurité sociale<sup>297</sup>.

Après s'être référée aux enseignements de son étude d'ensemble de 2007, la CEACR a indiqué que le fait que le travail proposé entre dans le domaine d'activité du demandeur d'emploi ne suffisait pas à garantir qu'il s'agisse d'un emploi convenable au sens de la Convention n°102, « dans la mesure où des facteurs comme les aptitudes, les qualifications, l'expérience acquise et la durée de service doivent également être pris en considération ». Selon la CEACR, ces facteurs devraient normalement se refléter dans le niveau de rémunération applicable au travail. Elle a dès lors demandé au gouvernement d'étendre son contrôle des sanctions, « en vérifiant si l'offre d'emploi proposée est dans la sphère de compétence de l'intéressé, mais également si l'emploi refusé est «convenable» par référence au niveau de rémunération de l'emploi proposé par rapport au revenu précédent de la personne et, le cas échéant, aux conventions collectives pertinentes »<sup>298</sup>. Se référant à l'indication du gouvernement suivant laquelle les chômeurs se voient offrir des emplois qui relèvent soit de leur domaine d'activités, soit d'un secteur d'activités associé pour lequel ils ont reçu une formation récente, la CEACR a prié le gouvernement « d'envisager de donner une base légale à cette pratique et de fournir des informations sur toute mesure prise à cette fin »<sup>299</sup>. En 2008 et en 2010, la CEACR a noté que la Direction nationale du travail danoise continuerait à suivre les cas dans lesquels les chômeurs sont sanctionnés pour avoir refusé d'accepter un emploi proposé par le service public de l'emploi. Elle a ensuite demandé au Danemark de vérifier si, dans les cas de sanctions, l'offre de placement avait effectivement dûment tenu compte de la personne, de ses qualifications et de sa situation vis-à-vis du marché du travail<sup>300</sup>.

**474.** Sans se référer aux critères généraux de définition du travail forcé, la CEACR édicte une deuxième limite au développement des mesures d'activation coercitives des personnes sans emploi : les bénéficiaires de prestations de chômage ne peuvent risquer de perdre leurs

---

<sup>296</sup> O.I.T., C.E.A.C.R., *Eradiquer le travail forcé*, *op. cit.*, p. 116, §205.

<sup>297</sup> O.I.T., C.E.A.C.R., *Eradiquer le travail forcé*, *op. cit.*, p. 73, §131. En ce sens, voy. aussi : O.I.T., C.E.A.C.R., *Etude d'ensemble concernant les instruments relatifs à la sécurité sociale à la lumière de la Déclaration de 2008 sur la justice sociale pour une mondialisation équitable*, Rapport III (Partie 1B), C.I.T., 100<sup>ème</sup> session, Genève, 2011, p. 106, §227.

<sup>298</sup> O.I.T., C.E.A.C.R., au Danemark relative à la Convention n°29 de 1930 sur le travail forcé, adoptée en 2007, C.I.T., 97<sup>ème</sup> session, 2008.

<sup>299</sup> Voy. également en ce sens : O.I.T., C.E.A.C.R., *Demande directe au Danemark relative à la Convention n°29 de 1930 sur le travail forcé*, adoptée en 2008, C.I.T., 98<sup>ème</sup> session, 2009, . O.I.T., C.E.A.C.R. ; *Demande directe au Danemark relative à la Convention n°29 de 1930 sur le travail forcé*, adoptée en 2010, C.I.T., 100<sup>ème</sup> session, 2011.

<sup>300</sup> O.I.T., C.E.A.C.R., *Demande directe au Danemark relative à la Convention n°29 de 1930 sur le travail forcé*, adoptée en 2008, C.I.T., 98<sup>ème</sup> session, 2009, . O.I.T., C.E.A.C.R., *Demande directe au Danemark relative à la Convention n°29 de 1930 sur le travail forcé*, adoptée en 2010, C.I.T., 100<sup>ème</sup> session, 2011.

prestations suite à un refus d'emploi non-convenable. La CEACR concrétise l'interdiction du travail forcé en se référant aux normes minimales en matière de prestations de chômage contenues dans la Convention n°102 sur la sécurité sociale.

**Encadré 39 - Mesures d'activation coercitives envisagées par les organes de l'OIT au regard de la Convention n°29 sur le travail forcé**

Renforcement de la contrainte économique au travail	Renforcement de la contrainte juridique au travail	Octroi de services ou de droits liés au travail
Diminution de la durée ou du montant des prestations de chômage et de l'assistance sociale <i>(sécurité sociale)</i>		Participation libre à des mesures actives du marché du travail Utilisation libre de services sociaux <i>(politique active de l'emploi)</i>
Crédits d'impôt, bonus à l'emploi <i>(politique fiscale ou parafiscale)</i>		Réductions de cotisations patronales <i>(politique parafiscale)</i>
	Participation obligatoire à des mesures actives du marché du travail Utilisation obligation de services sociaux <i>(sécurité sociale)</i>	
Elargissement des obligations classiques de disponibilité passive pour l'emploi dans les systèmes de prestations de chômage Elargissement des obligations de disponibilité passive pour l'emploi dans les systèmes d'assistance sociale Elargissement des obligations de disponibilité active pour l'emploi dans les systèmes de prestations de chômage et d'assistance sociale		
Subordination de l'octroi des prestations de chômage à l'accomplissement de prestations de travail non-rémunérées		
Subordination de l'octroi de l'assistance sociale à l'accomplissement de prestations de travail non-rémunérées <i>(sécurité sociale)</i>		

\*\*\*

**475.** Le droit au travail librement choisi est un droit large et ouvert. Il englobe l'interdiction du travail forcé mais protège également les individus contre des formes de coercition moins graves dans la relation de travail. En outre, il ne protège pas uniquement la liberté des individus à l'intérieur de la relation de travail (libertés civiles). Il vise également la liberté d'accès au marché du travail (libertés économiques). Le droit au travail librement choisi constitue donc *a priori* un instrument intéressant afin d'appréhender l'ensemble des mesures d'activation coercitives et d'évaluer leurs effets sur le droit au travail dans sa dimension de choix. Alors que certaines mesures peuvent difficilement être contrôlées sous l'angle de l'interdiction du travail forcé parce qu'elles ne consistent pas en l'imposition d'un travail - on pense par exemple aux mesures de formation mais également aux crédits d'impôt, aux plans

d'accompagnement ou encore aux mesures qui diminuent le montant ou la durée des prestations de chômage -, rien ne s'oppose *a priori* à ce qu'elles soient évaluées au regard du droit au travail librement choisi.

**476.** Afin de déterminer les exigences minimales concrètes qui découlent du droit au travail librement choisi face aux mesures d'activation coercitives, les organes internationaux s'appuient sur la jurisprudence internationale relative au droit à la sécurité sociale (et plus particulièrement au droit à l'indemnisation du chômage) et sur les normes internationales minimales en matière de prestations de chômage. Une exigence claire et précise traverse la jurisprudence des différents organes de manière récurrente : le droit au travail librement choisi impose que les bénéficiaires de prestations de chômage aient le droit de refuser les emplois qui ne sont pas convenables, au sens des dispositions internationales en matière de prestations de chômage, sans s'exposer au risque de perdre leurs prestations de chômage. A travers la notion d'emploi convenable, c'est plus précisément le statut social et professionnel des chômeurs qui est protégé pendant la durée d'octroi minimale des prestations de chômage fixée dans les normes internationales.

Marqués par la conception réformiste du droit au travail, les organes internationaux effectuent le lien entre le droit au travail librement choisi et le droit à la sécurité sociale. Suivant la conception réformiste, c'est en effet le droit à l'indemnisation du chômage qui, en posant des limites à la contrainte économique au travail, constitue la garantie concrète du droit au travail, dans sa dimension de liberté. La jurisprudence internationale cadre donc le développement des mesures d'activation coercitives à partir des exigences minimales propres à la conception réformiste d'après-guerre du droit au travail.

Cette approche ne permet pas d'appréhender l'ensemble des mesures d'activations coercitives et d'évaluer leur impact sur le droit au travail, dans sa dimension de liberté. A travers les exigences issues de la conception réformiste, la jurisprudence encadre uniquement le développement des mesures d'activation mises en œuvre dans le champ de la sécurité sociale. Dans le modèle réformiste de réalisation du droit au travail, c'est en effet dans les systèmes de sécurité sociale qu'est posé, et par cela-même limité, le devoir de travailler. Les organes internationaux passent à côté des mesures fiscales d'incitation au travail, auxquelles les Etats recourent de plus en plus afin de façonner le devoir de travailler des personnes sans emploi. La prégnance du modèle réformiste transparaît encore plus clairement de la jurisprudence du CEDS et des organes de l'OIT qui n'envisagent, sous le droit au travail librement choisi, que les réformes mises en œuvre dans les systèmes de prestations de chômage qui, au-delà du renforcement de la contrainte économique qu'elles opèrent, passent par un resserrement de la contrainte juridique au travail. Les réformes telles que la diminution de la durée ou du montant des prestations (qui opèrent uniquement un renforcement de la contrainte économique au travail), sont quant à elles envisagées sous le droit à la sécurité sociale ou, pour la CEACR, sous les normes internationales en matière de prestations de chômage.

## Section 2. La révision et la flexibilisation de la notion d'emploi convenable dans les normes nationales et internationales en matière de prestations de chômage

**477.** Nous avons vu dans la première section qu'à travers leur jurisprudence relative au droit au travail librement choisi, les organes internationaux encadrent à la marge les mesures d'activation coercitives à travers les catégories intellectuelles de la conception réformatrice d'après-guerre. Au regard de l'analyse menée dans les deux premiers titres, nous avons vu que lier les Etats à une conception politique du droit au travail qui subit une crise d'efficacité et de soutien social procède d'un accaparement du débat démocratique sur le contenu des droits et matérialise une conception absolutiste des droits. Dans cette section, nous examinons les conséquences pratiques d'une telle approche et nous les confrontons au cadre théorique développé dans la deuxième partie suivant lequel l'adoption d'une conception absolutiste des droits serait inefficace sur le plan de la réalisation des droits.

**478.** Dans un paragraphe préliminaire, nous nous penchons sur l'exigence principale dégagée par la jurisprudence internationale à partir de la conception réformatrice du droit au travail. Nous revenons sur l'origine et les justifications qui ont présidé à l'élaboration de la norme de l'emploi convenable dans les normes internationales et à la protection spécifique, à travers cette notion, du statut social et professionnel des chômeurs (§1). Nous montrons ensuite que de nombreux Etats passent concrètement outre la limite imposée par la jurisprudence internationale au regard du droit au travail librement choisi et se lancent ou persèverent dans leurs réformes visant à élargir le périmètre de la notion d'emploi convenable. Nous confrontons leurs justifications aux considérations qui ont préfiguré le façonnement de la notion d'emploi convenable dans les normes internationales (§2). Enfin, nous évoquons le risque que la balise de l'emploi convenable qui s'appuie sur les normes internationales minimales en matière de prestations de chômage se vide progressivement de son contenu. A ce propos, nous référons plus particulièrement aux récentes initiatives du Comité d'experts sur la sécurité sociale (CS-SS) qui aboutissent à flexibiliser la notion dans le Code européen de sécurité sociale, son contour tendant à épouser l'extension qui lui est *de facto* donnée par les Etats (§3).

### *§1. La protection du statut social et professionnel à travers la notion d'emploi convenable : origine et justifications*

**479.** L'emploi convenable n'est pas une notion strictement définie. Son périmètre varie selon les Etats même s'ils recourent à des types de critères similaires. La notion peut être définie dans des lois et règlements, dans des directives administratives ou encore par la jurisprudence. On ajoutera que quelques Etats recourent à une terminologie distincte, telle que l'emploi compatible ou l'emploi approprié. De manière générale, la notion d'emploi convenable et ses équivalents sont précisés par les Etats par le recours à des critères liés à la personne du chômeur ainsi que par des critères portant sur l'emploi proposé, en lui-même. En ce qui concerne la première catégorie de critères, différentes caractéristiques du chômeur peuvent



être prises en considération dans l'appréciation du caractère convenable de l'emploi : son âge, son aptitude physique et mentale, la profession qu'il exerçait précédemment ainsi que la durée de service, ses qualifications, ses responsabilités familiales ou encore le salaire qu'il percevait dans l'emploi précédent. Dans la seconde catégorie de critères liés à l'emploi *in se*, on trouve, dans les réglementations nationales, des critères liés au salaire (qui doit être conforme au salaire minimum ou au salaire généralement offert pour ce type d'emploi dans la région), des critères portant sur les conditions de travail (qui doivent, par exemple respecter les règles en matière de santé et de sécurité) ou encore des critères liés à la durée du contrat de travail ; il peut par exemple être exigé que le contrat soit offert pour une durée indéterminée ou qu'il s'agisse d'un contrat à durée déterminée fixé pour une période d'au moins trois mois. Enfin, certains Etats prévoient que la notion d'emploi convenable, et plus particulièrement la prise en considération du profil du chômeur, puisse varier en fonction de l'état du marché du travail<sup>301</sup>. La plupart du temps, les Etats définissent essentiellement la notion à partir de critères liés à la personne du chômeur, la réglementation du droit du travail assurant déjà *de lege lata* la protection de certains critères liés à l'emploi.

**480.** Au sein des critères liés à la personne du chômeur, la notion d'emploi convenable protège, historiquement, de manière plus spécifique le statut social et professionnel des chômeurs. La notion d'emploi convenable (et la protection du statut social et professionnel des travailleurs qu'elle implique) s'est développée dans le cadre d'une économie industrielle, à une époque de quasi plein emploi, où le chômage était frictionnel ou conjoncturel. Dans ce contexte, le droit aux indemnités de chômage en l'absence d'emploi convenable devait permettre d'assurer aux travailleurs une certaine continuité de revenus pendant les périodes de ralentissement économique jusqu'à ce qu'ils retrouvent, lors de la reprise économique, un emploi dans leur profession à des conditions de salaire et de travail similaires. Suivant notre prisme d'analyse, c'est à travers la protection du statut social et professionnel que devait être concrètement protégée la liberté de choisir son emploi.

Par ailleurs, dans une logique collectiviste, la notion d'emploi convenable visait à protéger les intérêts des travailleurs au sein d'une même profession : initiées par les syndicats, les premières assurances chômage cherchaient à endiguer le risque que les chômeurs soient prêts à accepter un emploi à des conditions de salaire et de travail inférieures aux standards habituellement d'application dans la profession<sup>302</sup>.

Parallèlement à ces justifications sociales, la notion d'emploi convenable avait également une fonction économique : elle devait contribuer au bon fonctionnement du marché du travail en assurant une allocation optimale de la main d'œuvre sur le marché du travail. En sécurisant le droit individuel des chômeurs de refuser un emploi qui ne correspond pas à leurs

---

<sup>301</sup> Sur les critères de définition de l'emploi convenable dans les réglementations nationales sur le chômage, voy. : E. DERMINE, « Suitable Employment and Job of Quality », in P. Vielle et S. Borelli (dir.), *Quality of Employment in Europe. Legal and Normative Perspective*, Bruxelles, PIE-Peter Lang, 2012, pp. 157-180 ; voy. également : Groupe d'experts sur l'emploi convenable, *Guide sur la notion d'emploi convenable dans le cadre des prestations de chômage*, op. cit., pp. 13-20 ; O.I.T., Rapport IV(1), Promotion de l'emploi et sécurité sociale, C.I.T., 73<sup>ème</sup> session, Genève, 1987, pp. 42-44.

<sup>302</sup> J. FREYSSINET, « Plein emploi, droit au travail, emploi convenable », *Revue de l'IREs*, n°34, 2000, Vol. 3, p. 44.

qualifications, elle doit protéger l'économie contre un risque de détérioration de la main-d'œuvre, et ce dans l'intérêt de la société dans son ensemble<sup>303</sup>.

**481.** Sur le plan international, les normes internationales minimales en matière de prestations de chômage définissent le risque du chômage comme la perte de gains due à l'impossibilité d'obtenir un emploi convenable (article 20 de la Convention n°102 de l'OIT concernant la sécurité sociale (norme minimum), article 10 de la Convention n°168 sur la promotion de l'emploi et la protection contre le chômage et article 20 du Code européen de sécurité sociale) La notion d'emploi convenable n'est pas définie dans le Code européen de sécurité sociale, ni dans son Protocole<sup>304</sup> ; elle est par contre définie dans la Convention n°168 de l'OIT et l'était également dans la convention technique précédente de l'OIT sur le chômage, la Convention n°44 de 1934.

Les critères retenus dans ces conventions correspondent à la pratique majoritaire en vigueur au sein des Etats au moment de l'élaboration et de l'adoption des deux textes. On rappellera en effet que les projets de conventions rédigés par le BIT sont élaborés au départ des réponses données par les Etats à un questionnaire sur leur réglementation et leur pratique dans le domaine. Pour assurer une ratification importante des conventions, il faut que les standards minimaux retenus dans la convention soient jugés acceptables par la majorité des Etats.

L'article 10, alinéa 1 de la Convention n°44 consacré à la notion d'emploi convenable protégeait essentiellement le statut social et professionnel des chômeurs. N'était ainsi pas jugé convenable, l'emploi pour lequel le salaire et les conditions de travail proposés étaient moins favorables que ceux que le chômeur aurait pu raisonnablement attendre « en tenant compte de ceux qu'il obtenait habituellement dans sa profession ordinaire, dans la région où il était généralement employé ou qu'il aurait obtenus s'il avait continué à être ainsi employé ». Pour les cas où l'emploi n'était pas offert dans la profession et dans la région où la personne était auparavant employée, il fallait veiller à ce que le salaire et les conditions de travail ne soient pas inférieurs « au niveau généralement observé à ce moment dans la profession et dans la région dans lesquelles l'emploi est offert ». A travers cette exigence, transparaît la logique collectiviste de protection des professions et des salaires. Dans cette dernière hypothèse, la Recommandation n°44 sur le chômage (1934) disposait par ailleurs qu'afin d'évaluer le caractère convenable de l'emploi proposé, il devait en outre « être tenu compte du temps de service de l'intéressé dans la profession précédente, des chances qu'il peut avoir d'y retrouver un emploi, de sa formation professionnelle, de ses aptitudes au travail proposé ». Lors des travaux préparatoires qui ont présidé à l'élaboration de la Convention, le lien a été établi entre le droit des chômeurs de refuser un emploi qui n'est pas convenable et la liberté du travail : selon les termes de Monsieur Joekes, rapporteur de la Commission de l'assurance-chômage,

---

<sup>303</sup> A ce sujet, voy. E. DERMINE, « L'emploi convenable, une notion à réinvestir », in J.-F. Neven et S. Gilson, *La réglementation du chômage : vingt ans d'application de l'arrêté royal du 25 novembre 1991*, Waterloo, Kluwer, 2011, pp. 138-143. Voy. également, E. DERMINE, « Suitable Employment and Job of Quality », *op. cit.*, PP. 157-180.

<sup>304</sup> Contrairement au Code et au Protocole, le Code révisé, en son article 19, §2, définit des critères qui doivent être pris en considération lors de l'évaluation du caractère convenable d'un emploi. Le texte de cette disposition est quasiment mot pour mot identique à l'article 21, §2 de la Convention n°168 de l'OIT. Pour rappel, le Code révisé n'est pas encore entré en vigueur à ce jour (cf. *supra*, note de bas de page 248).

cette condition a pour objectif de protéger les chômeurs contre la contrainte « d'accepter toute sorte de travail à quelques conditions que ce soit »<sup>305</sup>.

En 1988, la Convention n°168 sur la promotion de l'emploi et la protection contre le chômage a remplacé la Convention n°44 parce que les nombreux développements intervenus dans la législation et la pratique des Etats rendaient « nécessaire » la révision des normes minimales existantes<sup>306</sup>. L'article 21, alinéa 2 de la Convention portant sur la notion d'emploi convenable est rédigé dans des termes plus généraux et semble avoir une portée plus flexible. Il fixe les orientations générales relatives à la notion d'emploi convenable alors que les critères plus précis de définition de l'emploi convenable – grandement similaire à ceux qui figuraient dans l'article 10, alinéa 1 de la Convention n°44 – sont repris dans l'article 14 de la Recommandation n°176 sur la promotion de l'emploi et la protection contre le chômage (1988). L'article 21, alinéa 2 de la Convention n°168 dispose que « dans l'appréciation du caractère convenable ou non d'un emploi, il doit être tenu compte notamment, dans des conditions prescrites et dans la mesure appropriée, de l'âge du chômeur, de son ancienneté dans sa profession antérieure, de l'expérience acquise, de la durée du chômage, de l'état du marché du travail, des répercussions de cet emploi sur la situation personnelle et familiale de l'intéressé et du fait que l'emploi est disponible en raison directe d'un arrêt du travail dû à un conflit professionnel en cours ».

La majorité des critères visent toujours à protéger la condition professionnelle et sociale des chômeurs. Suivant l'expression mobilisée dans les travaux préparatoires, cette garantie constitue dans le chef des chômeurs « une garantie concrète de liberté du travail »<sup>307</sup>. L'article dispose toutefois qu'il convient, lors de l'évaluation du caractère convenable de l'emploi, d'avoir également égard à la situation générale de l'emploi. Suivant les travaux préparatoires de la Convention n°168, les orientations générales contenues dans l'article 21, alinéa 2, visent ainsi à ce qu'« une conciliation » soit établie entre « la protection des intérêts des chômeurs et la promotion de l'emploi »<sup>308</sup>.

**482.** Que ce soit au regard de la Convention n°44, de la Convention n°102 ou de la Convention n°168, les organes de contrôle de l'application de ces conventions considèrent que le statut social et professionnel des chômeurs doit être protégé, à tout le moins et ce, quel que soit l'état du marché du travail, pendant une période initiale de chômage qui correspond à la durée minimale d'octroi des prestations de chômage fixées dans ces normes. Nous avons vu que le Comité d'experts sur la sécurité sociale identifie la même exigence sous le Code européen de sécurité sociale, laquelle est reprise par le CEDS sous l'article 12 de la Charte sociale européenne consacré au droit au travail (n°X).

---

<sup>305</sup> O.I.T., (Société des Nations), Compte-rendu des travaux, 18<sup>ème</sup> session, Genève, C.I.T., 1934, p. 362.

<sup>306</sup> Préambule de la Convention n°168.

<sup>307</sup> O.I.T., Rapport IV(2), Promotion de l'emploi et sécurité sociale, Quatrième question à l'ordre du jour, C.I.T., 73<sup>ème</sup> session, 1987, p. 61 (travaux préparatoires de la Convention n°168 de 1988 sur la protection contre le chômage et la promotion de l'emploi).

<sup>308</sup> O.I.T., Rapport IV(2), Promotion de l'emploi et sécurité sociale, Quatrième question à l'ordre du jour, C.I.T., 73<sup>ème</sup> session, 1987, p. 61.

Cette exigence est justifiée par les organes internationaux au regard de l'objectif économique et de l'objectif social qui ont présidé à la construction historique de la notion d'emploi convenable. Nous en livrons quelques illustrations<sup>309</sup>.

En ce qui concerne la justification économique, la CEACR a par exemple souligné en 1999, dans une demande directe à la Norvège concernant l'application de la Convention n°168, que la notion d'emploi convenable visait « à garantir, pour le bien des travailleurs comme pour celui de la société, une utilisation aussi efficace que possible du potentiel des ressources humaines »<sup>310</sup>. La Norvège avait adopté une réforme de l'assurance chômage qui avait notamment pour conséquence de supprimer toute référence aux caractéristiques personnelles du chômeur dans l'appréciation du caractère convenable de l'emploi proposé. La CEACR a condamné l'attitude de la Norvège en développant la justification économique qui préside à la protection du statut social et professionnel des chômeurs pendant une période raisonnable :

« (...) cette politique du marché du travail conduira inévitablement à faire baisser le niveau de qualification de la population active et à réduire sensiblement les possibilités d'emploi des travailleurs non qualifiés, entraînant ainsi ces derniers vers le chômage de longue durée et l'exclusion. Par conséquent, le fait de privilégier l'offre par rapport à la demande dans la régulation du marché du travail, d'orienter le service de l'emploi de manière à ce qu'il fournisse des travailleurs adaptés aux emplois et non l'inverse peut conduire à la longue à des déséquilibres et à une inefficacité du marché du travail, ainsi qu'à des situations dans lesquelles les ressources humaines ne seront pas utilisées pleinement »<sup>311</sup>.

A travers ses résolutions relatives à l'application du Code européen de sécurité sociale, adoptées sur base des conclusions du Comité d'experts sur la sécurité sociale, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe revient également sur l'objectif social poursuivi à travers la notion d'emploi convenable. Le passage suivant illustre l'idée que la protection du statut social et professionnel encadre la contrainte juridique au travail, afin que les individus puissent se réaliser à travers un travail qui correspond à leurs capacités et à leurs qualifications :

« Le concept d'emploi convenable fait écho non seulement à l'objectif économique de la préservation de la qualité de la main-d'œuvre, mais encore à l'objectif social non moins important de la préservation des travailleurs contre la contrainte que constituerait immanquablement pour eux l'obligation d'accomplir un travail inférieur à leur niveau d'instruction et de compétences. Le terme « convenable » garantit en fait que l'emploi proposé par les services de l'emploi sera envisagé sous l'angle de sa qualité et non sous celui de la quantité, tandis que les chômeurs eux-mêmes seront traités en prenant dûment

---

<sup>309</sup> Pour une analyse plus détaillée de la jurisprudence relative à la notion d'emploi convenable dans les normes internationales d'harmonisation en matière de prestations de chômage et les objectifs social et économique qui la sous-tendent, voy. E. DERMINE, « Suitable Employment and Job of Quality », *op. cit.*, pp. 157-180.

<sup>310</sup> C.E.A.C.R., Demande directe à la Norvège concernant la Convention n°168 sur la promotion de l'emploi et la protection contre le chômage (1988), adoptée en 1998, C.I.T., 87<sup>ème</sup> session, 1999.

<sup>311</sup> C.E.A.C.R., Demande directe à la Norvège concernant la Convention n°168 sur la promotion de l'emploi et la protection contre le chômage (1988), adoptée en 1999, C.I.T., 88<sup>ème</sup> session, 2000.

en considération leur situation professionnelle et sociale, et non en tant qu'individus quelconques physiquement et mentalement aptes à n'importe quel emploi ordinaire »<sup>312</sup>.

On ne résistera pas à citer encore le passage dans lequel le Comité met en évidence le rôle de la sécurité sociale dans la sécurisation d'une certaine liberté de choix, par la limitation de la contrainte économique au travail. Au Danemark qui a renoncé à la prise en considération des caractéristiques personnelles des chômeurs afin de les motiver à intégrer le marché du travail, le Comité des Ministres a ainsi indiqué :

« Une telle « motivation » des personnes au chômage à subordonner leur volonté et leurs aspirations professionnelles aux diktats du marché du travail va à l'encontre des objectifs même de sécurité sociale incarnés par le Code. Aussi désirable qu'il soit, pour les autorités responsables du marché du travail ou pour la société dans sa totalité, d'intégrer le maximum de personnes dans l'emploi, il n'en reste pas moins que les personnes au chômage doivent être traitées avec les égards dus à leurs statuts professionnel, social et familial, et non comme simples hommes de peine, aptes physiquement et mentalement à tout emploi »<sup>313</sup>.

Dans ses résolutions sur l'application du Code européen de sécurité sociale, le Comité des Ministres va jusqu'à souligner « la relation étroite qui existe entre le concept d'emploi convenable et le principe fondamental de la liberté du choix de l'emploi, sur lequel se fonde également le modèle de sécurité sociale exprimé par le Code ». Sur cette base, il juge que :

« la présence dans la législation norvégienne d'éléments de contrainte de travail sous la menace de la suppression des prestations de chômage en cas de refus d'accepter un travail non convenable, ou de participer à un programme convenable d'insertion sur le marché du travail ou d'accéder à un revenu à partir d'un travail indépendant, à la place d'un emploi convenable, est difficilement conciliable avec la liberté fondamentale de l'individu de choisir son emploi sans aucune forme de contrainte économique »<sup>314</sup>.

## ***§2. La révision de la notion d'emploi convenable dans les systèmes nationaux d'indemnisation du chômage : contenu et justifications des réformes***

**483.** Afin de déterminer les exigences concrètes qui découlent du droit au travail librement choisi, les organes internationaux se réfèrent, afin d'asseoir la légitimité démocratique de leur action, aux normes minimales internationales adoptées par les Etats en matière de chômage.

---

<sup>312</sup>Résolution sur l'application du Code européen de sécurité sociale et de son Protocole par la Norvège (ResCSS(2003)11) (période du 1<sup>er</sup> juillet 2000 au 30 juin 2001), adoptée le 26 mars 2003 par le Comité des Ministres lors de la 833<sup>ème</sup> réunion des Délégués des Ministres.

<sup>313</sup>Résolution sur l'application du Code européen de sécurité sociale et de son Protocole par le Danemark (ResCSS(2006)3) (période du 1<sup>er</sup> juillet 2004 au 30 juin 2005), adoptée le 6 septembre 2006 par le Comité des Ministres lors de la 972<sup>ème</sup> réunion des Délégués des Ministres.

<sup>314</sup> Résolution sur l'application du Code européen de sécurité sociale et de son protocole par la Norvège (ResCSS(2003)27) (période du 1<sup>er</sup> juillet 2001 au 30 juin 2002), adoptée le 17 décembre 2003 par le Comité des Ministres lors de la 866<sup>ème</sup> réunion des Délégués des Ministres.

Chargée de contrôler l'application de la Convention n°29 sur le travail forcé, la CEACR se réfère d'ailleurs à la Convention n°102 sur la sécurité sociale (1952) largement ratifiée à tout le moins par les Etats industrialisés, plutôt qu'à la Convention n°168 sur la promotion de l'emploi et la protection contre le chômage (1988), pourtant plus actuelle, mais laquelle n'a été ratifiée que par huit Etats à ce jour<sup>315</sup>. Ce faisant, les organes internationaux n'évitent toutefois pas l'écueil du manque de légitimité démocratique. Les normes internationales sur lesquelles ils s'appuient reflètent en effet la pratique majoritaire des Etats au moment de l'adoption desdites normes, c'est-à-dire en 1952 pour la Convention de l'OIT et en 1964 pour le Code européen de sécurité sociale. On sait pourtant que cette pratique, soit l'indemnisation financière en marge du marché du travail en l'absence d'emploi convenable, subit une crise d'efficacité au sein des Etats depuis la fin des années 1970. Crise d'efficacité que les Etats cherchent à dépasser depuis la fin des années 1990 par une adaptation de leur pratique, et notamment par l'activation des personnes bénéficiaires de prestations de chômage ou de l'assistance sociale. En arrimant le droit au travail librement choisi à l'une de ses variantes politiques – soit la conception réformatrice du droit au travail –, la jurisprudence internationale contraint les Etats au *statu quo*, au lieu de faire des droits humains un lieu de débats prospectifs sur la recomposition des politiques dans un environnement modifié.

**484.** Dans la deuxième partie de la recherche, nous avons vu que lorsque la jurisprudence internationale relative aux droits humains soustrait du débat démocratique le contenu d'un droit (conception absolutiste des droits), son action perd progressivement en légitimité aux yeux des Etats. Ces derniers tendent à se sentir moins liés par les exigences concrètes identifiées par la jurisprudence internationale et à s'en départir progressivement. L'écart entre la *law in the books* et la *law in action* grandit. Le champ empirique dans lequel prend pied notre étude conforte le modèle théorique élaboré dans la deuxième partie de la recherche : de nombreux Etats passent au-delà de la limite posée par la jurisprudence internationale.

D'une part, les Etats épinglés par les organes internationaux ne sont pas revenus sur leurs réformes visant à diminuer, voire à supprimer la période de protection du statut social et professionnel. On pense notamment à l'Allemagne, au Danemark, à la Norvège ou au Royaume-Uni. D'autre part, d'autres Etats emboîtent le pas et entreprennent des réformes qui diminuent la période ou le niveau de la protection de la condition sociale et professionnelle des chômeurs<sup>316</sup>. A titre exemplatif, en Slovaquie, depuis une réforme de 2006, les chômeurs depuis plus de trois mois sont obligés d'accepter des emplois pour lesquels le niveau de compétences requis peut être « inférieur d'un niveau d'éducation » au leur<sup>317</sup>. Après six mois de chômage, ils doivent élargir leur recherche aux emplois se situant à deux niveaux d'éducation plus bas que le leur. Par une réforme de la loi sur l'assurance-chômage 2007, le gouvernement suédois a quant à lui purement supprimé la possibilité pour les chômeurs de limiter leur recherche d'emploi, pendant les 100 premiers jours d'indemnisation du chômage, aux emplois qui correspondent à leur profession ou à leur secteur d'activités. Selon l'article 7

---

<sup>315</sup> A jour au mois de septembre 2015.

<sup>316</sup> Voy. les tableaux comparatifs des systèmes de prestations de chômage au sein de l'Union européenne du MISSOC (Mutual Information System on Social Protection) : [www.missoc.org](http://www.missoc.org).

<sup>317</sup> Commission européenne, DG de l'emploi, des affaires sociales et de l'inclusion, *Bilan de l'Observation européen de l'emploi. L'adaptation des systèmes d'indemnisation du chômage au cycle économique*, 2011, p. 13.

du règlement du Conseil suédois de l'assurance chômage, « une offre ou une proposition de travail qui ne correspond pas à la formation ou à l'expérience professionnelles du demandeur n'a pas nécessairement, de ce seul fait, un caractère non convenable »<sup>318</sup>. On rappellera que la Belgique a réduit, en 2011, la période de protection du statut professionnel des chômeurs : alors que les chômeurs pouvaient auparavant refuser un emploi ne correspondant ni à la profession à laquelle préparent les études ou l'apprentissage, ni à la profession habituelle, ni à une profession apparentée pendant une période de six mois, un tel emploi ne sera plus considéré comme non convenable que pendant les 5 premiers mois de chômage. Cette période a en outre été ramenée à trois mois si le chômeur est âgé de moins de 30 ans ou s'il a travaillé moins de cinq ans. On mentionnera encore la réforme de 2012 de l'assurance-emploi au Canada évoquée dans le premier titre de la recherche (n°216). Elle instaure une définition variable de la notion d'emploi convenable selon la catégorie de chômeurs à laquelle on appartient. Les prestataires fréquents (c'est-à-dire qui ont fréquemment recours au programme d'assurance-emploi, tels que les travailleurs saisonniers) doivent accepter tout emploi dit « similaire » dès leur licenciement et étendre leur recherche d'emploi à tout emploi « pour lequel ils sont qualifiés » après six semaines de chômage.

**485.** L'ensemble de ces réformes participent d'un constat partagé. L'avènement de la société post-industrielle et le passage à un régime de production flexible impliquent une évolution de plus en plus rapide des métiers et des compétences demandées sur le marché du travail. Dans ce nouveau contexte, l'exigence de la protection du statut social et professionnel semble anachronique : elle ne permet manifestement plus de sécuriser le droit au travail librement choisi des chômeurs (cf. *supra*, n°185) ; au contraire, elle risque parfois de les écarter durablement d'une perspective de réintégration sur le marché du travail. Les transformations de l'économie conduisent les Etats à adapter la notion d'emploi convenable et à renoncer à la protection de principe du statut social et professionnel des chômeurs dans leur réglementation sur le chômage. Dans leurs réponses aux organes internationaux, la plupart des Etats mentionnent que leurs services de l'emploi continuent en pratique à baser leurs offres d'emploi sur les qualifications et l'expérience professionnelle<sup>319</sup>. L'abandon d'une protection de principe pendant une durée figée leur permet toutefois d'élargir le spectre des emplois proposés aux chômeurs, lorsque leurs compétences sont dépassées<sup>320</sup> ou encore lorsque leur

<sup>318</sup> O.I.T., C.E.A.C.R., Demande directe à la Suède concernant l'application de la Convention n°168 de 1988 sur la promotion de l'emploi et la protection contre le chômage, adoptée en 2011, C.I.T., 101<sup>ème</sup> session, 2012.

<sup>319</sup> Voy. à titre exemplatif : C.E.D.S., Conclusions 2006 relatives à l'application de l'article 12, §1 de la Charte sociale européenne révisée de 1996 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2003 au 31 décembre 2004), Norvège, 30 juin 2006 ; C.E.D.S., Conclusions XVII-1 relatives à l'application de l'article 12, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2001 au 31 décembre 2002), Allemagne, 28 février 2005 ; O.I.T., C.E.A.C.R., Demande directe au Royaume-Uni concernant l'application de la Convention n°102 concernant la sécurité sociale (minimum), adoptée en 1998, C.I.T., 87<sup>ème</sup> session, 1999 ou encore la Résolution sur l'application du Code européen de sécurité sociale et son Protocole par la Suède (CM/ResCSS(2012)16) (période du 1<sup>er</sup> juillet 2010 au 30 juin 2011), adoptée le 12 septembre 2012 par le Comité des Ministres lors de la 1149<sup>ème</sup> réunion de la Délégation des Ministres

<sup>320</sup> C.E.D.S., Conclusions XVIII-1 relatives à l'application de l'article 12, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2003 au 31 décembre 2004), Allemagne, 31 octobre 2006.

expérience professionnelle est faible<sup>321</sup>, afin d'éviter que l'épisode de chômage ne se transforme en situation d'exclusion durable.

A travers les rapports des Etats sur ces réformes, se dégage par ailleurs la volonté partagée de lier l'indemnisation du chômage et la promotion de l'emploi. A titre exemplatif, le gouvernement norvégien a ainsi fait valoir que la révision de la notion d'emploi convenable visait à « inclure dans sa politique de sécurité sociale des mesures permettant au système de sécurité sociale de contribuer activement à la lutte contre le chômage et à la réintégration des chômeurs dans la vie économique »<sup>322</sup>.

**486.** Si les réformes entreprises par les Etats reposent sur un substrat commun, leur contenu et leur mise en œuvre varient en fonction des explications du chômage mobilisées (sur le lien entre les différentes explications du chômage et les variantes de l'activation, cf. *supra*, n°210-237). Les réformes peuvent être regroupées autour de deux idéaux-types.

Le premier type de réformes s'inscrit dans la logique du *work first* (approche de l'activation traditionnellement associée aux pays anglo-saxons, cf. *supra*, n°206). Afin de rester compétitifs dans un monde globalisé, il conviendrait que les travailleurs soient plus mobiles et s'adaptent aux demandes du marché du travail. L'abandon de la protection juridique du statut social et professionnel des chômeurs va ainsi opérer un renforcement de la contrainte juridique au travail ainsi qu'une augmentation de la contrainte économique au travail. La promotion de l'emploi passe alors par la reconditionnement des individus. Dans cette optique, le service public de l'emploi doit essentiellement jouer le rôle d'intermédiaire afin de satisfaire les demandes exprimées par les employeurs. On ajoutera qu'afin d'inciter les chômeurs à accepter un emploi, l'abandon de la protection du statut social du chômeur est souvent associée au développement de mesures visant à rendre le travail plus rémunérateur, telles que les bonus à l'emploi ou les crédits d'impôt.

Les réformes de 1989 et de 1992 opérées au Royaume-Uni illustrent à notre sens adéquatement la logique de *work first*. Suite à ces réformes, la règle suivant laquelle le chômeur peut être disqualifié de son droit aux prestations de chômage s'il refuse un emploi convenable a été amendée ; les chômeurs sont dorénavant sanctionnés s'ils refusent un emploi « sans motif valable ». Pendant une période autorisée de une à treize semaines définie par le fonctionnaire en fonction du profil du chômeur, les chômeurs peuvent refuser un travail qui ne correspond pas à leur type d'emploi ou dont le niveau de rémunération serait inférieur au taux de rémunération auquel ils sont habitué. Au-delà de cette période, une directive administrative prévoit que, lors de l'évaluation du caractère valable du motif de refus, les fonctionnaires doivent écarter tout argument lié à la profession ou aux qualifications ainsi que tout ce qui a trait à la rémunération de l'emploi, en ce compris le fait que le salaire proposé soit inférieur à celui reçu par la plupart des autres salariés dans cette occupation<sup>323</sup>. Cette réforme vise à

<sup>321</sup> En ce sens, voy., par exemple, la récente réforme de l'emploi convenable opérée en Belgique.

<sup>322</sup> C.E.D.S., Conclusions XV-1 relatives à l'application de l'article 12, §1 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1997 au 31 décembre 1998), Norvège, 30 mars 2000.

<sup>323</sup> A propos de ces réformes, voy. : O.I.T., C.E.A.C.R., Demande directe au Royaume-Uni concernant l'application de la Convention n°102 concernant la sécurité sociale (minimum), adoptée en 1995, C.I.T., 82<sup>ème</sup> session, 1995 ; O.I.T., C.E.A.C.R., Demande directe au Royaume-Uni concernant l'application de la Convention



remettre les chômeurs le plus rapidement au travail. Selon le gouvernement britannique, « un demandeur dont « la profession habituelle » antérieure n'a été exercée que brièvement occupe une situation sur le marché du travail qui est comparativement précaire, de sorte qu'il ne serait donc pas dans son intérêt de refuser pendant treize semaines une profession ou un niveau de rémunération qui, compte tenu de sa situation réelle, deviendront hors de portée au bout d'un délai relativement court »<sup>324</sup>. Le gouvernement légitime par ailleurs l'abandon de toute référence à la rémunération après la période autorisée par l'introduction en 1988 de différents « avantages professionnels » qui rendent le travail rémunérateur (crédit familial, prestations de logement ou encore prestations fiscales) : « à mesure que la politique du Royaume-Uni s'est concentrée sur les incitations au retour au travail, le taux de salaire prévalant pour un emploi dans une localité particulière est devenu inapproprié ». Selon le gouvernement, si l'on ignorait les effets de ces avantages professionnels, « il n'y aurait aucune incitation à se mettre à travailler et à renoncer aux prestations de chômage »<sup>325</sup>.

On relèvera que la Cour suprême du Danemark a avalisé en 2005 la réforme danoise ayant supprimé la période de protection du statut social et professionnel du chômeur sur base d'un raisonnement similaire. Elle a estimé que : « as long as health and safety concerns and other considerations of an ethical nature do not constitute an obstacle to the unemployed taking up the job, any employment offer should in principle be considered as enhancing the employability of the unemployed person and therefore be seen as reasonable »<sup>326</sup>.

**487.** Le deuxième idéal-type de réformes ne souscrit pas à la logique du *work first* ; il est sous-tendu par l'approche dite du *human capital development* (cf. *supra*, n°206). Dans cette approche, l'abandon du principe du maintien du statut social et professionnel des chômeurs procède certes d'un renforcement de la contrainte juridique au travail mais il ne se double pas d'un renforcement de la contrainte économique au travail (recommodification des individus). La mesure va par contre de pair avec le développement de droits, de services ou d'opportunités liés au travail au bénéfice des chômeurs. La révision de la notion d'emploi convenable s'accompagne du développement du droit de recevoir de l'aide de la part du service public de l'emploi afin d'accéder à un emploi convenable (par l'augmentation des dépenses en mesures actives de l'emploi, voire par la consécration d'un droit subjectif dans le chef des chômeurs à bénéficier d'une mesure active). Lorsque cette deuxième approche est adoptée, on observe souvent une dissociation entre le droit et la pratique : alors que le principe du maintien du statut professionnel du chômage est supprimé dans la réglementation, les services publics de l'emploi tiennent concrètement compte de l'expérience et des qualifications des chômeurs afin de leur soumettre des offres d'emploi ou leur proposer une

---

n°44 du chômage, adoptée en 1995, C.I.T., 82<sup>ème</sup> session, 1995 ; O.I.T., C.E.A.C.R., Demande directe au Royaume-Uni concernant l'application de la Convention n°102 concernant la sécurité sociale (minimum), adoptée en 1998, C.I.T., 87<sup>ème</sup> session, 1999 ; O.I.T., C.E.A.C.R., Demande directe au Royaume-Uni concernant l'application de la Convention n°44 du chômage, adoptée en 2000, C.I.T., 89<sup>ème</sup> session, 2001.

<sup>324</sup> O.I.T., C.E.A.C.R., Demande directe au Royaume-Uni concernant l'application de la Convention n°44 du chômage, adoptée en 2000, C.I.T., 89<sup>ème</sup> session, 2001.

<sup>325</sup> O.I.T., C.E.A.C.R., Demande directe au Royaume-Uni concernant l'application de la Convention n°44 du chômage, adoptée en 1995, C.I.T., 83<sup>ème</sup> session, 1996.

<sup>326</sup> M. FREEDLAND, P. CRAIG, C. JAKESON et N. KOUNTOURIS, « Active Labour Market Policies : Between 'Right to Work' and 'Workfare' », in *Public Employment Services and European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 213-214.

mesure active<sup>327</sup>. En Pologne ou en Lituanie, le développement du droit de recevoir de l'aide pour accéder à un emploi est inscrit à l'intérieur même de la notion d'emploi convenable : sont ainsi considérés comme des emplois convenables, d'une part les emplois qui correspondent aux qualifications et à l'expérience professionnelle du chômeur, d'autre part, les emplois qui correspondent à ses qualifications professionnelles après qu'il ait reçu une formation appropriée<sup>328</sup>. Dans cette hypothèse, l'abandon de la protection du statut social et professionnel du chômeur est conditionné au fait que ce dernier ait reçu une formation afin d'accéder à un emploi convenable dans un autre secteur professionnel. En Lituanie, le service public de l'emploi ne peut par exemple pas exiger d'un chômeur qu'il cherche un emploi en dehors de son domaine de compétences, tant que ne lui pas été proposée une réadaptation professionnelle ou une mesure active de l'emploi. Dans cette optique, les services publics de l'emploi tiennent compte des aspirations professionnelles des chômeurs (liberté de choix) dans leur rôle d'intermédiation entre l'offre et la demande de travail.

**488.** La balise posée par la jurisprudence internationale relative au droit au travail librement choisi ne permet pas de distinguer entre les différentes manières de réviser la notion d'emploi convenable : elle s'oppose à toute suppression de la protection du statut social et professionnel du chômeur en-deçà de la période minimale d'octroi des prestations de chômage.

### *§3. La flexibilisation de la notion d'emploi convenable dans le Code européen de sécurité sociale*

**489.** Pour rappel, ni le Code européen de sécurité sociale, ni le Protocole qui y est annexé ne définissent la notion d'emploi convenable. Le Comité d'experts pour la sécurité sociale (CS-SS) ainsi que le Comité des Ministres ont développé une interprétation de la notion similaire à celle des organes de l'OIT suivant laquelle la notion d'emploi convenable vise principalement à protéger le statut social et professionnel des chômeurs pendant la durée minimale d'octroi des prestations de chômage. Dans le courant des années 2000, l'interprétation de la notion d'emploi convenable apparaît comme une question récurrente au sein des rapports nationaux ; elle donne par ailleurs lieu, nous l'avons vu, à de nombreux commentaires de la part des organes de contrôle.

---

<sup>327</sup> Résolution sur l'application du Code européen de sécurité sociale et son Protocole par la Suède (CM/ResCSS(2011)16) (période du 1<sup>er</sup> juillet 2011 au 30 juin 2012), adoptée le 6 juillet 2011 par le Comité des Ministres lors de la 1118<sup>ème</sup> réunion de la Délégation des Ministres : « le Comité des Ministres constate l'existence en Suède de la même dichotomie entre la législation et la pratique que celle qui est déjà présente dans d'autres pays voisins, la loi ayant dernièrement été modifiée pour supprimer officiellement la protection à l'égard des qualifications professionnelles du demandeur d'emploi, alors que le PES (service public de l'emploi) continue à baser ses offres d'emploi sur l'expérience et la formation effectives du demandeur d'emploi ».

<sup>328</sup> C.E.D.S., Conclusions XVII-1 relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 2001 au 31 décembre 2002), Pologne, 28 février 2005 ; C.E.D.S., Conclusions 2009 relatives à l'application de la Charte sociale européenne révisée de 1996 (période du 1<sup>er</sup> janvier 2005 au 31 décembre 2007), Lituanie, 2 janvier 2010.

Dans ce contexte, les délégués des Etats parties ont été invités, lors de la première réunion du CS-SS en 2006, à expliciter les critères de l'emploi convenable retenus dans leur législation nationale et dans leur pratique et ce, sur base d'un questionnaire qui avait été préparé par le Secrétariat<sup>329</sup>. Ce dernier a ensuite rédigé une synthèse des réponses fournies par les Etats. Lors de la réunion suivante du Comité qui s'est déroulée en mars 2007, un groupe de travail a été mandaté afin de réaliser une étude sur la notion d'emploi convenable, aux fins de l'application du Code européen de sécurité sociale et du Protocole<sup>330</sup>. Lors de sa réunion des 26 et 27 juin 2007, le groupe de travail a identifié des points intéressants à partir du rapport élaboré par le Secrétariat et a demandé des données complémentaires aux Etats. Il a élaboré sur cette base un document final qu'il a soumis aux membres du CS-SS lors de sa troisième réunion en 2008.

Lors de cette réunion, la possibilité a été évoquée de préparer, sur base du document élaboré par le groupe de travail, une recommandation à soumettre au Conseil des ministres. Certaines délégations s'y sont opposées. Elles ont avancé que le document laissait apparaître « la difficulté de trouver un dénominateur commun et le fait que les différences dans l'application de la notion d'emploi convenable l'emportent sur les similitudes ». Elles ont par ailleurs argué qu'il convenait de garder « une approche flexible » au regard de l'évolution rapide de la situation du marché du travail. Le groupe de travail a finalement été chargé de préparer pour la réunion suivante « un guide sur la manière dont la notion d'emploi convenable est comprise et appliquée dans les différents Etats membres »<sup>331</sup>. Lors de la quatrième réunion du Comité en 2009<sup>332</sup>, le groupe de travail a présenté un guide qui a été adopté par le Comité. Ce guide a été publié l'année suivante<sup>333</sup>.

Si le document ne constitue pas une recommandation du Comité des Ministres à l'égard des Etats, il contient toutefois, dans une troisième partie, des « lignes directrices » ayant « pour finalité d'aider les Etats membres à élaborer ou réviser leur(s) politique(s) concernant les cas où un demandeur d'emploi peut refuser une offre d'emploi sans encourir de sanctions ». La première partie fixe quant à elle le cadre de l'étude et la deuxième partie synthétise les résultats de l'étude empirique menée auprès des Etats membres.

**490.** La confrontation aux pratiques des Etats a permis au Comité d'experts d'ouvrir son champ de vision : il ressort de la première et de la deuxième partie du guide que l'étude empirique a permis au Comité d'experts de réaliser que le droit de refuser un emploi non-convenable ne constituait concrètement pas le seul élément par lequel les Etats établissent l'arbitrage entre les droits et les obligations des chômeurs liés au travail. Le Comité prend en ce sens en compte d'autres éléments dans son guide.

---

<sup>329</sup> Document CS-SS (2006)3 cité dans Comité d'experts sur la sécurité sociale (CS-SS), Projet d'ordre du jour annoté, 2<sup>ème</sup> réunion, CS-SS(2007)1, Strasbourg, 14-16 mars 2007.

<sup>330</sup> CS-SS, Projet d'ordre du jour annoté, Deuxième réunion, CS-SS(2007)1, Strasbourg, 14 au 16 mars 2007.

<sup>331</sup> CS-SS, Rapport de réunion, Troisième réunion, CS-SS(2008)10, Strasbourg, 1<sup>er</sup> au 3 avril 2008.

<sup>332</sup> CS-SS, Rapport de réunion, Quatrième réunion, CS-SS(2009)15Final, Strasbourg, 24 au 26 mars 2009.

<sup>333</sup> Groupe d'experts sur l'emploi convenable, *Guide sur la notion d'emploi convenable dans le cadre des prestations de chômage*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, adopté par le Comité d'experts sur la sécurité sociale (CS-SS) à Strasbourg en mars 2009.

Il a tout d'abord relevé que beaucoup d'Etats observent une transition d'une obligation de disponibilité passive vers une obligation de disponibilité active. Les chômeurs doivent dans la plupart des pays avoir un comportement actif de recherche d'emploi ; dans ce cadre, ils doivent généralement respecter un plan d'action individualisé, qui comprend parfois la participation à des mesures actives de l'emploi<sup>334</sup>. Dans les résultats de l'étude, le Comité n'a dès lors pas uniquement mentionné les critères de définition de l'emploi convenable au sein des Etats ; il a également repris les critères mobilisés par ces derniers afin de déterminer le contenu des plans d'action et d'évaluer les efforts de recherche d'emploi. Les Etats ont mentionné des critères tels que « le sexe, la nationalité, l'âge, la formation, les antécédents professionnels, la situation familiale et sociale, l'aptitude physique et psychique, les aptitudes relationnelles, la durée du chômage, les démarches entreprises, les possibilités de déplacement, la situation du marché de l'emploi dans la région, l'appartenance à un groupe ethnique dont le taux de chômage est supérieur à la moyenne »<sup>335</sup>.

Le Comité a par ailleurs égard aux sanctions qu'emportent le refus d'un emploi convenable ou le non-respect du plan d'action individualisé. Il opère une distinction entre les sanctions administrées lors d'une première violation et les sanctions prévues en cas de récidive. Il a également noté que, dans certains Etats, les chômeurs ont le droit d'être entendu par le fonctionnaire chargé d'appliquer les sanctions, pour se défendre et faire valoir des circonstances atténuantes. Il a par ailleurs vérifié si les décisions de sanctions sont susceptibles d'un recours administratif ou, plus généralement, d'un recours judiciaire<sup>336</sup>.

Enfin, le Comité s'est penché sur le niveau et la durée d'indemnisation du chômage, ces éléments étant, selon ses termes, « susceptibles d'influencer le comportement de recherche d'emploi du chômeur ». Le Comité a en outre souligné que ces éléments peuvent expliquer les différences entre les Etats en ce qui concerne la hauteur des sanctions attachées au non-respect des obligations de disponibilité passive et active des chômeurs<sup>337</sup>.

On soulignera que la jurisprudence internationale relative au droit au travail librement choisi se concentre sur le critère principal de définition de l'emploi convenable, sans avoir égard à ces différents éléments. Concrètement, ces éléments jouent pourtant un rôle important dans la balance effectuée par les Etats entre le droit des chômeurs de définir librement leur emploi et leur devoir de travailler.

**491.** Dans la troisième partie du guide énumérant les lignes directrices à destination des Etats, le Comité s'est fondé sur la pratique des Etats pour redéfinir la notion d'emploi convenable. Les lignes directrices sont le reflet d'un consensus minimal au sein des Etats autour de la notion d'emploi convenable. Nous avons vu, dans le point précédent, que plusieurs Etats ont révisé la notion d'emploi convenable afin de réduire, voire supprimer, la période minimale de

---

<sup>334</sup> Groupe d'experts sur l'emploi convenable, *Guide sur la notion d'emploi convenable dans le cadre des prestations de chômage*, op. cit., pp. 9-10.

<sup>335</sup> Groupe d'experts sur l'emploi convenable, *Guide sur la notion d'emploi convenable dans le cadre des prestations de chômage*, op. cit., p. 23.

<sup>336</sup> Groupe d'experts sur l'emploi convenable, *Guide sur la notion d'emploi convenable dans le cadre des prestations de chômage*, op. cit., pp. 20-21.

<sup>337</sup> Groupe d'experts sur l'emploi convenable, *Guide sur la notion d'emploi convenable dans le cadre des prestations de chômage*, op. cit., pp. 10-11.

protection du statut social et professionnel du chômeur. Les lignes directrices ne prévoient plus, par conséquent, que les Etats doivent protéger le statut social et professionnel des chômeurs pendant la période minimale d'octroi des prestations ; il s'agissait pourtant jusqu'alors du principal critère de définition de l'emploi convenable retenu par le Comité d'experts. Dans le guide, il est fait référence à cette balise mais il est précisé qu'il s'agit uniquement d'une possibilité. La durée de cette éventuelle période de protection est laissée à l'appréciation des Etats membres<sup>338</sup>.

Au-delà de cette période initiale de protection ou dès le début de l'indemnisation « si une telle période n'est pas prévue », d'autres critères peuvent être pris en considération. Le Comité liste, à ce titre, l'aptitude du chômeur, les conditions d'emploi, la rémunération du travail (sans prise en considération de la rémunération du chômeur dans son emploi précédent), le conflit du travail, le temps de trajet et le changement du lieu de résidence.

**492.** Le Comité d'experts souhaitait redéfinir la notion d'emploi convenable à partir de la pratique des Etats. Cette approche *bottom-up* de la définition de l'emploi convenable se combinait avec la volonté d'adopter une compréhension flexible du contenu de la notion, qui puisse varier en fonction de la situation du marché du travail et du contexte économique. Le Comité d'experts s'inscrit en ce sens dans la ligne de la Convention n°168 de l'OIT adoptée en 1988, qui visait à faire de la sécurité sociale un instrument de promotion de l'emploi. Nous avons ainsi vu que l'état du marché du travail constitue l'un des critères d'évaluation du caractère convenable d'un emploi énuméré à l'article 21, §2 de la Convention n°168 de l'OIT (cf. *supra*, n°482). Tout au long du guide, le groupe de travail du Comité a réservé une place particulière à ce critère. Dans la partie contextuelle, il a estimé que « le point d'équilibre entre les droits et les obligations du chômeur est influencé par le contexte socio-économique et la situation du marché de l'emploi ». Selon lui, « (c)es éléments justifient des différences entre les pays, tant dans la détermination des critères de l'emploi convenable que dans l'application qui en est faite par les services de l'emploi (dans le cadre des emplois présentés au chômeur) et par les services du chômage (dans le cadre de l'application éventuelle d'une sanction en cas de refus) ». Il a de plus indiqué qu'« ils ont également comme conséquence que l'application des critères de l'emploi convenable et la « politique de sanctions » peuvent évoluer au cours du temps »<sup>339</sup>.

L'adoption d'une approche flexible de la notion d'emploi convenable dans le cadre du Code européen de sécurité sociale s'est concrétisée à travers l'énonciation de lignes directrices délibérément générales et ouvertes. Selon les termes du Comité, « il leur a volontairement été donné un caractère suffisamment général pour que les Etats membres puissent tenir compte de

---

<sup>338</sup> Le guide dispose ainsi : « Au début d'une période, une personne peut être autorisée – pour une durée initiale raisonnable qui peut être définie au niveau national – à limiter sa recherche d'emploi aux offres comparables à son emploi précédent en termes de salaire, de compétences, de qualifications ou d'expérience. Par la suite (ou immédiatement si une telle période n'est pas prévue), les lignes directrices ci-après peuvent être prises en compte pour déterminer si le refus d'un emploi est justifié ou non » (Groupe d'experts sur l'emploi convenable, Guide sur la notion d'emploi convenable, *op. cit.*, p. 25).

<sup>339</sup> Groupe d'experts sur l'emploi convenable, Guide sur la notion d'emploi convenable, *op. cit.*, p. 10.

leur législation et de leur contexte social et économique national lors de la transposition des lignes directrices dans leurs politiques et procédures administratives »<sup>340</sup>.

**493.** Dans sa dernière observation interprétative de 2012 relative à l'article 1, §2 de la Charte (droit au travail librement choisi), le Comité européen des droits sociaux s'est expressément référé aux lignes directrices relatives à la notion d'emploi convenable contenues dans le guide du CS-SS, pour interpréter la notion d'emploi convenable.

Selon ses termes, « il prend (...) dûment en considération le Guide sur la notion d'emploi convenable dans le cadre des prestations de chômage établi par le Comité d'experts sur la sécurité sociale du Conseil de l'Europe lors de sa 4<sup>ème</sup> réunion tenue à Strasbourg du 24 au 26 mai 2009, et estime que le fait pour un chômeur de perdre des allocations ou une aide en cas de refus d'une offre d'emploi peut constituer une restriction à la liberté de travailler lorsque l'intéressé est contraint, sous peine de perdre ses prestations, d'accepter tout emploi en particulier lorsque celui-ci:

- n'exige que des qualifications ou compétences bien inférieures à celles que possède l'intéressé ;
- offre une rémunération nettement moindre que celle perçue auparavant par l'intéressé ;
- requiert un certain niveau de condition ou d'aptitude physique ou mentale que n'a pas l'intéressé à ce moment-là ;
- n'est pas conforme à la législation relative à la santé et la sécurité au travail ou, le cas échéant, aux accords locaux ou conventions collectives du travail applicables au secteur ou à la profession concernés et qui peuvent alors avoir un impact sur l'intégrité physique et mentale du travailleur concerné ;
- offre une rémunération inférieure au salaire minimum national ou régional, ou, le cas échéant, à la norme ou à l'échelle des salaires fixée pour le secteur ou la profession concernés, ou, lorsqu'elle est inférieure, dans une proportion déraisonnable, à l'ensemble des prestations de chômage servies à l'intéressé à ce moment-là et qui, de ce fait, ne permet pas d'assurer un niveau de vie décent au travailleur et à sa famille ;
- est proposé en raison d'un conflit du travail en cours ;
- se situe, par rapport au domicile de l'intéressé, à une distance pouvant être qualifiée d'excessive compte tenu du temps de trajet nécessaire, des moyens de transport disponibles, du temps total passé hors du domicile, des modalités habituelles de travail dans la profession choisie par l'intéressé ou des obligations familiales de ce dernier (dès lors que ces obligations ne posaient aucun problème dans l'emploi qu'il occupait précédemment) ;
- exige un changement de lieu de résidence pour ceux qui ont des responsabilités familiales, à moins qu'il puisse être démontré que ces responsabilités peuvent être correctement assumées au nouveau lieu de résidence, qu'un logement convenable est disponible et qu'en cas de besoin, une contribution aux frais de déménagement est

---

<sup>340</sup> Groupe d'experts sur l'emploi convenable, Guide sur la notion d'emploi convenable, *op. cit.*, p. 25.

proposée soit par les services de l'emploi soit par le nouvel employeur, respectant ainsi le droit du travailleur à une vie de famille et à un logement »<sup>341</sup>.

Cette observation interprétative mérite quelques réflexions au regard du cadre théorique élaboré sur le rôle de la jurisprudence internationale relative au droit au travail dans la recomposition des politiques sociales. Nous avons vu que le Comité a jusqu'ici considéré que le droit au travail librement choisi imposait aux Etats de protéger le statut social et professionnel des chômeurs pendant la durée minimale d'octroi des prestations de chômage, exigence dont les Etats se départissaient car elle leur apparaissait inefficace dans le contexte actuel en vue de sécuriser le droit au travail librement choisi. En se référant au guide du CS-SS qui redéfinit la notion d'emploi convenable à partir de la pratique des Etats, le Comité semble renoncer à cette exigence. Il n'est toutefois pas certain que le Comité européen des droits sociaux aient perçu que cette exigence est abandonnée dans le guide. Il semble en effet que le Comité souhaitait tout au plus préciser le contenu de la notion d'emploi convenable, afin que les Etats soumettent dorénavant les informations nécessaires dans leurs rapports et qu'il puisse, sur cette base, apprécier la conformité des situations nationales au regard de l'article 1, §2 de la Charte. Les prochaines conclusions du Comité sur l'application de l'article 1 de la Charte seront l'occasion pour lui de préciser sa position.

L'élaboration des normes internationales du travail et de la sécurité sociale au départ de la pratique des Etats est un processus classique. Il faut que la norme internationale emporte un consensus suffisamment important pour être ratifiée par un nombre significatif d'Etats. A cette seule condition, la norme peut avoir un effet d'entraînement sur les pays dont la législation et la pratique ne sont pas conformes. Les normes internationales du travail, à la différence des instruments relatifs aux droits humains, sont d'ailleurs appelées à être fréquemment révisées afin de coller aux développements intervenus dans la législation et la pratique des Etats<sup>342</sup>.

L'alignement de la définition du contenu d'un droit humain sur la pratique des Etats poserait par contre question. Si les organes internationaux se mettaient à valider les évolutions des politiques sociales sans évaluer si elles participent à une meilleure réalisation des droits et des principes démocratiques, on assisterait à un glissement vers une conception relativiste des droits. Dans cette configuration, les droits humains perdraient leur autonomie par rapport au politique et ne se distingueraient pas des politiques sociales menées par les Etats. C'est pourtant cette autonomie qui doit leur permettre d'assurer la relance du débat démocratique autour de la légitimité des nouveaux arrangements institutionnels.

\*\*\*

---

<sup>341</sup> C.E.D.S., Conclusions 2012 relatives à l'application de la Charte sociale européenne révisée de 1996, Observation interprétative relative à l'article 1, §2 de la Charte, Décembre 2012.

<sup>342</sup> A ce sujet, voy. le préambule et les travaux préparatoires de Convention n°168, à travers lesquels transparaissent cette préoccupation.

**494.** Les organes internationaux se réfèrent aux normes minimales internationales en matière de prestations de chômage (la Convention n°102 de 1952 et le Code européen de sécurité sociale de 1964) afin de déterminer les exigences concrètes qui découlent du droit au travail face aux mesures d'activation coercitives. Ses normes reflètent la pratique majoritaire des Etats au moment de leur élaboration. A l'époque, la protection du statut social et professionnel des chômeurs pendant la durée minimale d'octroi des prestations de chômage devait permettre de protéger la liberté concrète des individus de choisir leur emploi.

**495.** Entre-temps, le contexte social et économique a évolué et cette exigence apparaît insuffisante, essentiellement parce qu'elle n'offre pas de protection de la liberté de choisir son emploi aux nouvelles catégories de chômeurs et parce qu'elle scinde la dimension de choix du droit au travail de sa dimension de possibilité. Le maintien de cette exigence par la jurisprudence internationale manque en légitimité et conduit à ce que les Etats ne se sentent pas liés et élargissent, voire abandonnent la notion d'emploi convenable. L'écart entre la *law in the books* et la *law in action* se creuse (conception absolutiste du droit au travail).

**496.** La notion d'emploi convenable est à son tour redéfinie dans les normes internationales minimales en matière de prestations de chômage, afin de la mettre en adéquation avec l'évolution de la pratique des Etats. Dès lors que la jurisprudence internationale relative au droit au travail librement choisi s'appuie sur les normes internationales en matière de prestations de chômage pour concrétiser le droit, nous observons un risque de glissement d'une conception absolutiste des droits vers une conception relativiste des droits.

### **Section 3. 1990-2002 : une parenthèse expérimentaliste dans la jurisprudence du CEDS relative à l'article 1, §2 de la CSE**

**497.** Dans les deux précédentes sections, nous avons mis en évidence qu'une limite au développement de mesures d'activation coercitives traverse la jurisprudence internationale relative au droit au travail librement choisi : les mesures d'activation ne doivent pas remettre en cause la période minimale de protection du statut professionnel des bénéficiaires de prestations de chômage. Cette balise issue de la conception réformiste d'après-guerre du droit au travail est apparue insuffisante au vu des évolutions du contexte économique et social, essentiellement parce qu'elle n'offre pas de protection de la liberté de choisir son emploi aux nouvelles catégories de chômeurs et parce qu'elle scinde la dimension de choix du droit au travail de sa dimension de possibilité. Les Etats n'hésitent dès lors pas à se détacher de la balise déterminée de manière absolutiste et totalement déconnectée des évolutions du contexte et des expériences des Etats. La balise est à son tour redéfinie dans les normes internationales minimales en matière de prestations de chômage, afin de la mettre en adéquation avec l'évolution de la pratique des Etats. On observe dès lors un risque de glissement d'une



conception absolutiste des droits vers une conception relativiste des droits où le contenu du droit serait déterminé par la pratique des Etats. Dans cette section, nous souhaitons mettre en évidence un épisode expérimentaliste dans la jurisprudence du Comité européen des droits sociaux relative à l'article 1, §2 de la Charte, lequel permet de sortir de l'oscillation infructueuse entre approche activiste et approche déférente.

**498.** Avant de se concentrer sur l'examen systématique de la perte des allocations de chômage pour refus d'emploi sous la nouvelle rubrique 'Autres aspects du droit au travail librement entrepris', le Comité s'était engagé, sous la rubrique relative à l'interdiction du travail forcé, dans une pratique générale de questionnements à propos de différentes mesures d'activation coercitives développées par les Etats dans les systèmes de sécurité sociale (§1). Au fil des réponses données par les Etats, le Comité affinait ses questions et développait progressivement une liste-type de questions. A travers les questions posées, on entrevoit des critères potentiels d'évaluation de la conformité des mesures d'activation au regard de l'interdiction du travail forcé protégée sous l'article 1, §2 de la CSE. Ces critères font largement écho aux outils analytiques de l'approche par les capacités, permettant d'évaluer la réalisation du droit au travail dans ses dimensions de choix et de possibilité (§2). La pratique expérimentaliste est mise entre parenthèses depuis 2002 mais nous démontrerons que le Comité n'a pas pour autant renoncé à cette approche (§3).

### ***§1. Le développement d'une pratique de questionnements***

**499.** Entre 1992 et 2002, le Comité a examiné différentes mesures d'activation coercitives sous la section de ses conclusions dédiée à l'interdiction du travail forcé. A l'époque, il n'examinait que deux points dans ses conclusions dédiées au contrôle de l'application de l'article 1, §2 de la Charte : l'interdiction du travail forcé et l'interdiction de toute forme de discrimination dans l'emploi. Il n'avait pas encore ajouté la rubrique subsidiaire consacrée aux autres aspects du droit au travail librement entrepris. Sous la rubrique de l'interdiction du travail forcé, le Comité a posé de nombreuses questions aux Etats afin de mieux comprendre l'objet des mesures d'activation ainsi que leurs objectifs et leurs effets. Dans ce paragraphe, nous décrivons cet épisode, en distinguant les différents types de mesures d'activation sur lesquelles portaient les questions.

**500.** Le CEDS a commencé par interroger la conformité à l'interdiction du travail forcé des programmes de travail obligatoires à destination des chômeurs de longue durée bénéficiaires de l'aide sociale. En 1992, il a appris qu'une obligation de « travail socialement utile » pouvait être imposée à tous les bénéficiaires de l'aide sociale en Allemagne. Il a alors demandé que le gouvernement précise la nature du travail socialement utile<sup>343</sup>, l'application pratique de la réglementation<sup>344</sup> et s'il s'agissait d'une mesure générale visant tous les

---

343 C.E.D.S., Conclusions XII-2 relatives à l'application de l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1989 au 31 décembre 1990), Allemagne, 30 novembre 1992.

344 C.E.D.S., Conclusions XIII-2 relatives à l'application de l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1991 au 31 décembre 1992), Allemagne, 30 décembre 1994.

bénéficiaires de l'assistance sociale<sup>345</sup>. Dans ses rapports, le gouvernement a expliqué que les programmes de travail visaient à accroître les chances des personnes sans emploi de développer leur vie professionnelle<sup>346</sup>, que les chômeurs pouvaient justifier leur refus d'accomplir le travail socialement utile sur base de différentes raisons telles que l'inaptitude physique ou psychologique, ou la situation familiale, et que seuls entre deux à trois pour cent des bénéficiaires de l'assistance sociale avaient concrètement travaillé dans ces programmes<sup>347</sup>. Suite à ces explications, le CEDS a conclu, en 1996, sans poser davantage de questions, que le travail socialement utile qui peut être requis des bénéficiaires de l'assistance sociale était conforme à l'interdiction du travail forcé<sup>348</sup>.

Par après, le Comité a réalisé que les personnes refusant une offre convenable de travail socialement utile courraient le risque de voir leurs prestations sociales réduites, jusqu'à vingt-cinq par rapport au taux normal. En outre, la notion d'emploi convenable dans la législation allemande sur l'assistance sociale apparaissait plus large que celle retenue dans le cadre des systèmes d'assurance chômage. Pour ces motifs, le CEDS a demandé plus d'informations en 1998 sur les critères de définition de l'« emploi convenable » dans le système d'assistance sociale et sur la possibilité de faire appel. Par la suite, le Comité a constaté que cette sanction s'appliquait également aux bénéficiaires de prestations d'assistance sociale qui refusaient de participer à un travail socialement utile, considéré comme convenable. A la lecture du rapport de l'Allemagne, la définition d'emploi convenable semblait en outre plus large que celle retenue dans le cadre de l'assurance chômage. Le Comité a dès lors demandé des informations sur les critères de définition de l'emploi convenable et sur la possibilité d'un recours<sup>349</sup>. Il se préoccupe donc non seulement des conditions auxquelles un programme de travail obligatoire peut être refusé mais également du spectre des emplois sur le marché du travail qui doivent être acceptés par les bénéficiaires de prestations autres que l'assurance-chômage, sous peine de perdre momentanément ou définitivement leur droit aux prestations. Le gouvernement a expliqué qu'à la différence de la législation en matière d'assurance chômage, il peut être exigé de la part des bénéficiaires de l'assistance sociale qu'ils acceptent un emploi en dehors de leur domaine d'activités précédent, conformément à la loi fédérale allemande sur l'assistance sociale. Cependant, un emploi n'est pas considéré convenable si la personne est physiquement ou mentalement inapte à accomplir le travail ou si le travail limite indûment les perspectives futures de la personne à se réinsérer dans son champ professionnel précédent, ou encore si d'autres motifs importants peuvent être invoqués. En outre, il existait une possibilité de faire appel devant un organe indépendant. Sur base de ces clarifications, le Comité a conclu en 2001 que la situation de l'Allemagne était en conformité avec l'article 1, 2 de la Charte sociale européenne, au regard de l'interdiction du travail forcé.

---

<sup>345</sup> C.E.D.S., Conclusions XIII-2 relatives à l'application de l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1991 au 31 décembre 1992), Allemagne, 30 décembre 1994.

<sup>346</sup> C.E.D.S., Conclusions XIII-2 relatives à l'application de l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1991 au 31 décembre 1992), Allemagne, 30 décembre 1994.

<sup>347</sup> C.E.D.S., Conclusions XIII-4 relatives à l'application de l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1993 au 31 décembre 1994), Allemagne, 30 septembre 1996.

<sup>348</sup> C.E.D.S., Conclusions XIII-4 relatives à l'application de l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1993 au 31 décembre 1994), Allemagne, 30 septembre 1996.

<sup>349</sup> C.E.D.S., Conclusions XIV-1 relatives à l'application de l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1995 au 31 décembre 1996), Allemagne, 30 mars 1998.

**501.** Le CEDS a également questionné l'Italie à propos d'un dispositif qui autorisait les administrations publiques à faire appel à des chômeurs pour réaliser des projets d'utilité sociale, sans qu'une relation formelle de travail ne soit établie<sup>350</sup>. Les chômeurs refusant de participer au projet s'exposaient à se voir couper le bénéfice de leurs allocations de chômage. Dans ses conclusions de 1998, le CEDS ne s'est pas concentré sur l'absence de relation formelle de travail mais a demandé à l'Italie de lui indiquer la durée de la période pendant laquelle l'allocation de chômage pouvait être suspendue ; les critères d'assignation des personnes à des travaux d'utilité sociale (préférence personnelle, qualifications, capacités intellectuelles et physiques, distances, transport, etc.) ; la procédure de recours, afin de déterminer si l'autorité qui en a la charge est bien indépendante ainsi que le nombre de refus et de sanctions imposées dans la pratique. Dans ses conclusions de 2000, le CEDS a demandé à l'Italie de préciser si les chômeurs sanctionnés pouvaient bénéficier d'une assistance sociale<sup>351</sup>.

**502.** Sous le programme « Project Work » lancé au Royaume-Uni, les chômeurs de longue durée pouvaient être contraints de participer à des stages professionnels dans le secteur public, sous peine de voir leurs indemnités de chômage diminuer. Prenant connaissance de cette mesure, le Comité a demandé en 1998 des informations sur les critères d'aptitude appliqués en relation avec l'emploi, sur les sanctions imposées dans la pratique et sur la possibilité de recours devant un organe indépendant<sup>352</sup>. Le Royaume-Uni a répondu que les agents d'arbitrage indépendants prenaient en considération les circonstances particulières telles que les motifs liés à la santé ou à la sécurité, la religion, l'objection de conscience ou les déplacements avant de se prononcer sur la sanction. Suite à cette réponse, le Comité a demandé des précisions sur les critères utilisés pour évaluer la bonne foi du demandeur et le bien-fondé de ses motifs en cas de refus d'emploi<sup>353</sup>.

**503.** En 1996, la Belgique a été invitée à préciser le dispositif suivant lequel les chômeurs de longue durée peuvent voir leurs allocations suspendues s'ils refusent de travailler dans une agence locale pour l'emploi<sup>354</sup>. Suite à la remise du rapport du gouvernement, le Comité a demandé à la Belgique de préciser la durée de la suspension des allocations imposée en pratique, s'il existait une possibilité de faire appel devant un organe indépendant contre les décisions relatives au caractère convenable de l'emploi et à la durée des suspensions, ainsi que le nombre de chômeurs affectés par la suspension<sup>355</sup>. Après avoir noté qu'une seule

---

<sup>350</sup> C.E.D.S., Conclusions XIV-1 relatives à l'application de l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1995 au 31 décembre 1996), Italie, 30 mars 1998 ; Conclusions XV-1 relatives à l'application de l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne de 1961 (Période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1997 au 31 décembre 1998), Italie, 30 mars 2000.

<sup>351</sup> C.E.D.S., Conclusions XV-1 relatives à l'application de l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1997 au 31 décembre 1998), Italie, 30 mars 2000.

<sup>352</sup> C.E.D.S., Conclusions XIV-1 relatives à l'application de l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1995 au 31 décembre 1996), Royaume-Uni, 30 mars 1998.

<sup>353</sup> C.E.D.S., Conclusions XV-1 relatives à l'application de l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1997 au 31 décembre 1998), Royaume-Uni, 30 mars 2000.

<sup>354</sup> C.E.D.S., Conclusions XIII-4 relatives à l'application de l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1993 au 31 décembre 1994), Belgique, 30 septembre 1996.

<sup>355</sup> C.E.D.S., Conclusions XIV-1 relatives à l'application de l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1995 au 31 décembre 1996), Belgique, 30 mars 1998.

personne avait en pratique été sanctionnée durant la période de référence et qu'il y avait une possibilité d'introduire un recours devant les juridictions du travail, le Comité a arrêté de poser des questions à la Belgique sur le programme<sup>356</sup>. Le Comité n'a posé aucune question à propos de la rémunération du travail. Cela lui aurait permis de réaliser qu'en Belgique, les chômeurs qui travaillent dans une agence locale pour l'emploi signent un contrat de travail et reçoivent une rémunération en complément de leurs allocations de chômage. En ce sens, le travail dans une agence locale pour l'emploi ne constitue pas un programme de travail obligatoire : il ne s'agit pas de conditionner l'octroi des prestations de chômage à la condition d'accomplir des prestations de travail non-rémunérées. Différentes questions telles que l'objectif poursuivi par la mesure, l'application du droit du travail à la relation de travail ou l'éventuelle rémunération qui accompagne les prestations permettent de ranger la mesure dans les mesures actives du marché du travail auxquelles la participation est rendue obligatoire plutôt que dans les mesures dites de *workfare*.

**504.** Sous la rubrique « interdiction du travail forcé », le CEDS s'est également intéressé au fait que certains Etats conditionnaient le bénéfice des prestations de chômage à la participation à une formation. Dans ses conclusions XIII-3 de 1996, le Comité a demandé au Luxembourg de lui fournir des informations détaillées à propos du fait qu'il avait indiqué, dans son rapport, que l'ouverture et le maintien des indemnités de chômage étaient subordonnés à la participation à une formation<sup>357</sup>. Au Royaume-Uni qui suspendait le bénéfice des allocations de chômage aux personnes qui avaient refusé de participer à un programme de formation, le CEDS a demandé des précisions concernant les critères utilisés pour évaluer la bonne foi du demandeur d'emploi et le bien-fondé de ses motifs, en cas de refus d'accepter de suivre une formation<sup>358</sup>. A la Norvège qui avait indiqué que les bénéficiaires de prestations sociales pouvaient perdre momentanément leur droit aux prestations s'ils refusaient, sans raison valable, de participer à des programmes de formation professionnelle ou de recyclage organisés par les services de l'emploi, le CEDS a demandé en 1996 et en 1998 de quelles prestations il s'agissait, ce que l'on entendait par «raisons valables», qui décidait du bien-fondé de ces motifs et s'il existait des voies de recours. Il a également demandé une estimation du pourcentage de personnes concernées<sup>359</sup>.

Alors que le Comité avait soulevé des questions sur la participation obligatoire aux formations, la Norvège a essentiellement exposé les règles relatives à l'obligation de disponibilité pour le travail. Elle a expliqué que, au regard de la situation favorable du marché

---

<sup>356</sup> C.E.D.S., Conclusions XV-1 relatives à l'application de l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1997 au 31 décembre 1998), Belgique, 30 mars 2000.

<sup>357</sup> C.E.D.S., Conclusions XIII-3 addendum relatives à l'application de l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 11 septembre 1991 au 31 décembre 1993), Luxembourg, 30 avril 1996.

<sup>358</sup> C.E.D.S., Conclusions XV-1 relatives à l'application de l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1997 au 31 décembre 1998), Royaume-Uni, 30 mars 2000.

<sup>359</sup> C.E.D.S., Conclusions XIII-3 relatives à l'application de l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1992 au 31 décembre 1993), Norvège, 30 novembre 1995. Voy. également : C.E.D.S., Conclusions XIV-1 relatives à l'application de l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1995 au 31 décembre 1996), Norvège, 30 mars 1998 ; C.E.D.S., Conclusions XV-1 relatives à l'application de l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1997 au 31 décembre 1998), Norvège, 30 mars 2000.

du travail en Norvège, les bénéficiaires de prestations de chômage étaient tenus d'accepter tout emploi pour lequel ils étaient physiquement et mentalement aptes. Elle a ajouté que la participation aux mesures de formation était également obligatoire. Si le candidat refusait sans motif raisonnable d'accepter l'emploi proposé ou d'entreprendre une formation, ses prestations pouvaient être suspendues pour une période limitée. Il était possible de faire appel devant un organe indépendant. Sur base de ces éléments, le Comité a conclu en 2000 que la situation de la Norvège était conforme à l'article 1, §2 de la Charte, en ce qui concerne plus particulièrement l'interdiction du travail forcé<sup>360</sup>. Nous avons vu qu'à partir de 2002, le Comité garantira par contre la protection du statut professionnel des chômeurs pendant un période minimale, via la notion d'emploi convenable, sous l'article 1, §2 de la Charte – non pas sur base de l'interdiction du travail forcé mais, plus largement, au regard du droit au travail librement choisi.

**505.** Sur le plan juridique, l'action du CEDS, menée sous la rubrique de l'interdiction du travail forcé dans ses conclusions dédiées à l'application du droit de gagner sa vie par un travail librement entrepris, interpelle sur certains points. Premièrement, le Comité ne se réfère pas aux critères généraux de définition du travail forcé de l'OIT, alors qu'il s'y réfère dans sa jurisprudence générale relative à l'interdiction du travail forcé<sup>361</sup>. Nous avons vu qu'au contraire, la CEACR de l'OIT mobilise fréquemment les critères généraux de définition du travail forcé afin de se prononcer sur la conformité de mesures d'activation coercitives à la Convention n°29 de l'OIT sur le travail forcé. Essentiellement confronté à la mise en œuvre de programmes de travail obligatoires dans des systèmes non-contributifs, nous relevons particulièrement que le Comité ne se réfère pas au critère de l'« exploitation des contraintes » dégagé par les organisations de l'OIT dans cette hypothèse (cf. *supra*, n°485). Il n'évalue pas si les Etats exploitent les contraintes auxquelles faisaient face les chômeurs en leur imposant d'accomplir un travail qui ne serait pas acceptable dans d'autres circonstances. Si le Comité ne se réfère pas au critère de l'OIT de « l'exploitation des contraintes », on peut toutefois considérer que la série de questions qu'il a formulées à propos des mesures qui conditionnent l'octroi des prestations sociales à la participation à un programme de travail pourraient être utiles pour évaluer ledit critère. Enfin, il apparaît quelque peu surprenant que le Comité ait examiné la participation obligatoire à une formation sous l'angle de l'interdiction du travail forcé, alors que la CEACR, pour sa part, a toujours considéré, dans ses études d'ensemble sur le travail forcé, que la formation ne constitue pas un travail, et ne peut dès lors pas être constitutive de travail forcé<sup>362</sup>.

---

<sup>360</sup> C.E.D.S., Conclusions XV-1 relatives à l'application de l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne de 1961 (période de référence du 1<sup>er</sup> janvier 1997 au 31 décembre 1998), Norvège, 30 mars 2000.

<sup>361</sup> Secrétariat du Comité européen des droits sociaux, Digest de jurisprudence du Comité européen des droits sociaux, *op. cit.*, p. 20.

<sup>362</sup> O.I.T., C.E.A.C.R., Le travail forcé, *op. cit.*, §26 ; O.I.T., C.E.A.C.R., Abolition du travail forcé, *op. cit.*, §20 ; O.I.T., C.E.A.C.R., Eradiquer le travail forcé, *op. cit.*, p. 19, n°36.

La recherche n'a cependant pas pour visée de proposer une évaluation en cohérence juridique de la jurisprudence<sup>363</sup> mais une évaluation externe au droit en légitimité et en efficacité de l'action de la jurisprudence. On se bornera à indiquer qu'il aurait été plus cohérent sur le plan juridique de développer ce type de questions non pas au regard de l'interdiction du travail forcé mais, plus largement, au regard du droit au travail librement choisi, lequel offre une couverture bien plus étendue des enjeux liés à la liberté du travail (cf. *supra*, n°161).

**506.** Nous avons vu dans la première section qu'à partir de 2002, le Comité dégage les exigences concrètes qui découlent du droit au travail à partir de la conception réformatrice du droit au travail librement choisi et ne se penche dès lors plus que sur les obligations qui renforcent l'obligation de disponibilité au travail des bénéficiaires de prestations de chômage. Entre 1992 et 2002, le Comité adoptait une approche plus ouverte et indéterminée du droit au travail librement choisi. Il se penchait sur l'ensemble des réformes qui renforcent la contrainte juridique au travail dans les systèmes de prestations de chômage et de l'assistance sociale. On relèvera toutefois que, même durant cette période, le Comité n'a jamais examiné les mesures qui renforcent la contrainte économique au travail sous le droit au travail librement choisi. Ces mesures sont envisagées sous l'article 9 relatif au droit à la sécurité sociale et sous l'article 13 relatif au droit à l'assistance sociale.

De manière synthétique, les questions posées aux Etats dans le cadre de la procédure de rapports portent sur le but poursuivi par la mesure d'activation, sur l'existence de la possibilité de justifier un refus d'emploi ou de formation et les motifs pouvant être invoqués, sur la prise en compte des préférences personnelles lors de l'assignation à un travail ou une formation, sur le nombre et la durée des sanctions, sur la possibilité d'un recours devant un organe indépendant, et enfin sur la possibilité de bénéficier de l'assistance sociale pendant la durée de la sanction. La portée de ces questions ainsi que leur contenu fait l'objet d'une analyse approfondie dans le paragraphe suivant.

## ***§2. L'émergence de nouveaux critères d'évaluation portant sur le droit au travail dans ses deux dimensions***

**507.** Nous avons vu que le droit aux allocations de chômage en l'absence d'emploi convenable matérialisait l'arbitrage réalisé par les Etats entre la liberté des individus de choisir leur emploi et l'objectif collectif d'augmenter la participation des individus au marché du travail. Par ailleurs, dans un contexte de quasi plein emploi, cette balise a momentanément permis de dépasser le dilemme que pose la réalisation du droit au travail, simultanément dans ses dimensions de liberté et de possibilité. Cette balise apparaît toutefois largement insuffisante dans le nouveau contexte social et économique. Elle ne permet pas d'appréhender les mesures d'activation coercitives de manière systématique et globale : d'une part, elle n'offre peu, voire aucune, protection aux nouvelles catégories de chômeurs de leur liberté de

---

<sup>363</sup> Pour une telle analyse de la jurisprudence internationale relative au droit au travail librement choisi à l'égard des mesures d'activation coercitives, il est renvoyé à : E. Dermine, « Activation Policies for the Unemployed and the International Human Rights Case Law on the Right to a Freely Chosen Work », *op. cit.*, pp. 139-177.

choisir leur emploi ; d'autre part, elle ne permet pas de prendre en compte l'éventuel impact des mesures d'activation sur la réalisation du droit au travail dans sa dimension de possibilité.

**508.** A travers ses questions larges et ouvertes, le Comité manifeste la volonté d'appréhender le phénomène de l'activation dans ses différentes facettes. Suite aux réponses reçues, le Comité a soit posé de nouvelles questions, soit adopté des conclusions de conformité. Il n'a jamais adopté de conclusions de non-conformité à l'égard des mesures d'activation coercitives sous la rubrique de l'interdiction du travail forcé. Cependant, le fait même qu'il les ait examinées sous l'angle de l'interdiction du travail forcé et qu'il ait posé des questions sur leur portée implique qu'il considérerait que certaines d'entre elles, en fonction de leur *design*, de l'objectif qui leur est assigné ou encore de leurs effets, pourraient contrevenir à l'interdiction du travail forcé. A travers les questions, on entrevoit les différents points sur lesquels le CEDS estime qu'il pourrait y avoir un problème par rapport à l'article 1, §2 de la CSE.

**509.** Les questions font largement écho aux outils analytiques de l'approche par les capacités, dont nous avons mis en évidence, dans la deuxième partie, qu'ils pouvaient servir de balises pour les organes internationaux dans l'évaluation des expérimentations menées par les Etats. La plupart des questions portent sur la liberté de choix des bénéficiaires de prestations sociales, en ce compris des nouvelles catégories de chômeurs (le droit au travail librement choisi comme droit-contrainte). Certaines questions visent à prendre en compte l'impact des mesures d'activation sur la possibilité réelle des personnes sans emploi à accéder à un emploi de leur choix. La jurisprudence internationale se montre ainsi attentive à l'effectivité des droits (le droit au travail librement choisi comme droit-but). Nous développons ces deux catégories de critères dans les paragraphes suivants.

**510.** Plusieurs questions portent sur le droit au travail dans sa dimension de choix. Dans la deuxième partie de la recherche, nous avons indiqué que la liberté de choix nécessite la présence d'autres options que le chômeur aurait eu la capacité réelle de choisir. En se référant aux travaux d'Hirschman, Jean-Michel Bonvin distingue, pour rappel, deux alternatives au fait d'être loyal aux prescriptions édictées collectivement (*loyalty*). Il s'agit, pour rappel, de la possibilité de contester ou de négocier les exigences collectives (*voice*) et de la possibilité d'opter pour la voie de la défection (*exit*), sans que cela n'induisse un coût insupportable dans le chef de celui qui préfère une de ces deux options à la loyauté (cf. *supra*, n°337).

A travers ses questions, le Comité européen des droits sociaux apparaît en premier lieu attentif à la *capacity for voice* des allocataires sociaux. Il pose différentes questions aux Etats à propos des droits procéduraux qui accompagnent la mise en œuvre d'une mesure d'activation coercitive et qui doivent permettre à leurs destinataires de contester ou de négocier leur application. Il demande, tout d'abord, si la personne visée par la mesure d'activation a la possibilité de faire valoir des motifs pour refuser de s'y soumettre et il demande à ce que ces motifs soient explicités. Il ne pose pas uniquement cette question relativement à l'obligation de disponibilité au travail dans les systèmes de prestations de chômage. Il s'enquiert également des motifs que les bénéficiaires de l'assistance sociale peuvent invoquer pour refuser un emploi sur le marché du travail. Il demande par ailleurs aux Etats de préciser les

critères d'assignation des bénéficiaires de prestations sociales aux travaux d'utilité sociale (préférence personnelle, qualifications, capacités intellectuelles et physiques, distances, transports). Enfin, il s'intéresse à la possibilité pour les bénéficiaires de prestations sociales de faire valoir certains motifs de refus lorsqu'une mesure active du marché du travail, telle qu'une formation, leur est proposée. Il porte en outre une attention particulière à ce que les allocataires sociaux aient la possibilité d'introduire un recours devant un organe indépendant contre les décisions d'exclusion, de suspension ou de réductions des allocations qui font suite à un refus de participer à une mesure d'activation coercitive.

Afin d'évaluer la liberté de choix, le Comité a également égard à la possibilité concrète de l'allocataire social d'opter pour la voie de la défection (*exit*), laquelle dépend des conséquences financières qui s'y attachent. C'est ainsi que le Comité demande aux Etats de préciser quelles sont les sanctions prévues en cas de refus de participer à la mesure d'activation. Le Comité démontre une volonté de comprendre la réalité vécue par les allocataires sociaux dans les différents pays. Pour cette raison, il ne se borne pas à demander des précisions sur la réglementation ; il sollicite également des informations sur la hauteur et le nombre de sanctions prononcées en pratique. A titre exemplatif, il avait ainsi demandé à la Belgique de préciser la durée de suspension des prestations de chômage imposée en pratique suite au refus d'effectuer un travail dans une agence locale pour l'emploi. Il avait arrêté de poser des questions à la Belgique quand celle-ci lui avait répondu qu'une seule personne avait concrètement été sanctionnée pendant la période de référence. On relèvera également qu'à propos d'une mesure de travail obligatoire mise en œuvre dans le système italien de prestations de chômage, le Comité a demandé si les chômeurs sanctionnés pouvaient bénéficier d'une assistance sociale pendant la durée de la sanction. Le Comité marque ainsi sa volonté de protéger les droits sociaux minimaux qui, pour rappel, sont considérés comme des limites qui s'imposent à la volonté des Etats (statut de norme supérieure non-réversible), dans la conception démocratique, car ils sont nécessaires pour que les droits qui forment le noyau dur de la démocratie puissent effectivement être exercés.

**511.** On relèvera que, dans le contexte d'après-guerre, la balise de l'emploi convenable répondait aux exigences d'une conception senienne de la liberté de choix. A l'intérieur de cette balise, étaient concentrées les alternatives de *voice* et d'*exit*. En ce qui concerne la *capacity for voice*, nous avons vu que le droit de refuser un emploi qui n'est pas convenable comprend le droit procédural de contester devant un organe indépendant la qualification d'emploi convenable. Par ailleurs, le droit de refuser un emploi non convenable n'est pas seulement un droit-liberté, c'est également un droit social dont découle l'obligation positive dans le chef des Etats d'octroyer un revenu de remplacement aux personnes qui ne trouvent pas un emploi qui correspond à leurs qualifications ou à leur expérience professionnelles. Le droit des bénéficiaires de prestations de chômage de refuser un emploi qui n'est pas convenable est un droit-contrainte (et un droit social) à l'égard des Etats qui concrétise le test de proportionnalité entre le droit des individus de choisir leur emploi et leur devoir de travail dans l'intérêt de la société dans son ensemble. Les questions posées par le Comité révèlent, selon nous, la volonté d'affiner le test de proportionnalité et de l'ouvrir à de nouvelles préoccupations. Il s'agit notamment de protéger la liberté de choix des nouvelles catégories de



chômeurs, lesquelles sont particulièrement touchées par le développement de mesures d'activation coercitives.

**512.** Il faut également relever que le Comité ne s'inscrit pas dans une logique où les droits ne seraient que des limites à l'intérieur desquelles les Etats seraient libres de mener les politiques qu'ils déterminent. Il ne s'inscrit pas uniquement dans une perspective d'identification, à travers un test de proportionnalité élargi, des restrictions inadmissibles à la liberté individuelle de choisir son emploi au nom d'objectifs d'intérêt général tels que le maintien des systèmes de sécurité sociale ou l'augmentation de la participation au marché du travail. Certaines questions posées sous l'article 1, §2 de la Charte reconnectent le droit au travail dans sa dimension de liberté au droit au travail dans sa dimension de possibilité. Le Comité interroge ainsi certains Etats sur l'objectif poursuivi par l'introduction de mesures d'activation coercitives dans les systèmes de prestations sociales. Il a par ailleurs adopté des conclusions de conformité à l'article 1, §2 de la Charte après que l'Allemagne ait précisé que l'assignation des bénéficiaires de l'assistance sociale à des travaux socialement utiles visait à « accroître les chances des personnes sans emploi de développer leur vie professionnelle ». A l'appui de ses conclusions positives, il a également souligné que, n'est pas considéré comme un emploi convenable au sens de la législation allemande sur l'assistance sociale, l'emploi qui « limite indûment les perspectives futures de la personne à se réinsérer dans son champ professionnel précédent ». Le Comité semble ainsi adhérer à la conception senienne des droits conçus comme des buts de l'action collective. Il ne se préoccupe pas uniquement de la liberté formelle des individus de choisir librement leur emploi ; il est attentif à l'effectivité du droit au travail librement choisi, c'est-à-dire à la possibilité réelle des individus à accéder à un emploi de leur choix.

Ce faisant, le Comité dépasse le modèle réformiste d'interventions disjointes qui a révélé ses limites dans la sécurisation du droit au travail librement choisi après les Trente Glorieuses. Il cherche à reconnecter les deux dimensions du droit dans l'évaluation des mesures d'activation coercitives.

**513.** Le CEDS s'est jusqu'ici borné à poser des questions et à collecter des informations sur les mesures d'activation coercitives mises en œuvre par les Etats. Il n'a pas encore sanctionné la politique d'un Etat sur base des réponses données à ses questions. Les informations collectées pourraient toutefois lui permettre d'évaluer les mesures d'activation menées par les Etats au regard du droit-capacité au travail et des principes démocratiques. A travers un test de proportionnalité élargi, le Comité pourrait dégager de nouvelles exigences minimales de protection de la liberté de choix des personnes sans emploi. Par ailleurs, à travers une reconnexion des deux dimensions du droit, le Comité pourrait être attentif à la liberté réelle des chômeurs d'accéder à un emploi librement choisi. Les critères d'évaluation du droit au travail librement choisi seraient ainsi libérés des catégories et des notions classiques de la conception réformiste d'après-guerre du droit au travail. Les éléments pris en compte dans l'évaluation du droit au travail librement choisi ne seraient pas figés et pourraient évoluer, pour protéger au mieux la liberté du travail des bénéficiaires de prestations sociales, dans un environnement incertain.

### §3. La mise entre parenthèses de cette pratique

**514.** Depuis l'instauration de l'examen systématique de la perte des allocations de chômage pour refus d'emploi ou de formation sous une nouvelle rubrique consacrée aux autres aspects du droit au travail librement entrepris en 2003, le Comité n'a plus examiné de mesures d'activation sous l'angle de l'interdiction du travail forcé. On peut dès lors se demander si le Comité n'a pas opéré un revirement de jurisprudence et ne considère pas depuis lors que les obligations liées au travail imposées aux bénéficiaires de prestations de chômage ou d'aide sociale ne peuvent en aucun cas être considérées comme du travail forcé.

A ce propos, il faut tout d'abord souligner que le nouveau point examiné sous la rubrique 'Autres aspects du droit au travail librement entrepris' est strictement défini : il s'agit de la perte des allocations de chômage pour refus d'emploi ou de formation. Au regard des différentes observations interprétatives, il apparaît que l'obligation d'accepter un emploi fait référence à l'obligation générale de disponibilité au travail dans les systèmes de prestations de chômage. Le nouvel *item* ainsi défini par le Comité n'englobe ni les mesures qui conditionnent le versement des allocations de chômage ou de l'assistance sociale à la participation à des programmes de travail<sup>364</sup>, ni les obligations d'accepter un emploi dans les systèmes d'assistance sociale. De même, la nouvelle rubrique ne porte pas sur les obligations de participer à une mesure active du marché du travail, si ce n'est l'obligation de participer à une formation dans les systèmes de prestations de chômage. Dès lors, même si cela n'a plus été le cas depuis 2002, rien n'indique que le Comité ne souhaite plus examiner les mesures d'activation qui n'entrent pas dans le champ d'application du nouveau point, sous l'angle de l'interdiction du travail forcé.

**515.** Nous avons par ailleurs montré, dans la première section, que l'examen systématique de l'obligation de disponibilité au travail dans les systèmes de prestations de chômage sous la rubrique 'Autres aspects du droit au travail librement entrepris' n'implique pas nécessairement que le Comité considère que cette obligation ne puisse plus être analysée sous l'angle de l'interdiction du travail forcé. L'établissement de ce nouvel *item* témoigne plus probablement de la volonté du Comité d'obliger les Etats à faire rapport sur ce point précis et assurer un meilleur contrôle des réformes intervenant sur ce point.

---

<sup>364</sup> Juste après avoir établi cette nouvelle rubrique, le Comité a cependant analysé à deux reprises des obligations de participer à un programme de travail obligatoire sous ladite rubrique. Il s'agissait en réalité d'analyser les réponses données par les gouvernements italien et britannique suite aux questions qui leur avaient été posées sous l'angle de l'interdiction du travail forcé lors du cycle de contrôle précédent. Dans ses conclusions de 2002, le Comité a posé de nouvelles questions à l'Italie concernant les effets du refus de participer aux travaux d'utilité sociale. Il a demandé à l'Italie de préciser la durée de la suspension des allocations et le nombre de sanctions prononcées. Il ne s'est plus penché sur la question dans les cycles de contrôle suivants. En ce qui concerne la participation au *Project Work* imposée aux chômeurs au Royaume-Uni, le Comité a pris une conclusion de non-conformité en 2003 parce que la législation ne permettait pas aux demandeurs d'emploi de refuser pendant une courte période un emploi qui ne correspondrait pas à leurs qualifications professionnelles. Depuis lors, le Comité n'a plus posé de questions sur les programmes de travail obligatoires sous le point « perte des allocations de chômage pour refus d'emploi ou de formation ».

**516.** Pour les raisons de cohérence juridique évoquées *supra*, il nous apparaît toutefois souhaitable que le Comité poursuive cette démarche expérimentaliste sous la rubrique ‘Autres aspects du droit au travail librement entrepris’, plutôt que sous la rubrique consacrée à l’interdiction du travail forcé (cf., n°506)

## Conclusion du Chapitre 2

**517.** Dans ce chapitre, nous avons examiné les limites posées par la jurisprudence internationale relative au droit au travail librement choisi au développement des mesures d’activation coercitives par les Etats. L’analyse de la jurisprudence relative aux obligations de respecter qui découlent du droit au travail confirme globalement les conclusions préliminaires du chapitre précédent tirées de l’examen de la jurisprudence relatives aux obligations de mise en œuvre. La jurisprudence demeure profondément marquée par la conception réformatrice du droit au travail et saisit les mesures d’activation coercitives à travers les catégories intellectuelles de ce modèle de réalisation du droit au travail (*la deuxième attitude-type identifiée dans le deuxième titre*). Elle détermine les exigences concrètes qui découlent du droit au travail librement choisi à partir du droit à l’indemnisation du chômage involontaire, qui, dans la conception réformatrice, constitue la garantie concrète du droit au travail librement choisi. En s’appuyant sur les normes internationales en matière de prestations de chômage adoptées dans les décennies qui ont suivi la Deuxième Guerre mondiale, elle pose une limite précise au développement des mesures d’activation coercitives : le droit au travail librement choisi impose que les bénéficiaires de prestations de chômage puissent refuser les emplois qui ne correspondent pas à leurs qualifications ou à leur expérience professionnelles pendant la durée minimale d’octroi des allocations de chômage.

**518.** Nous avons toutefois vu que le droit à l’indemnisation du chômage en l’absence d’emploi convenable ne permet plus, après les Trente Glorieuses, de dépasser le dilemme que pose la réalisation du droit au travail dans ses deux dimensions de possibilité et de choix. L’activation constitue la principale initiative développée par les Etats en réponse à la crise de la conception réformatrice du droit au travail. Dans ces circonstances, l’appréhension du phénomène de l’activation à travers cette seule balise procède d’un accaparement du débat démocratique sur la légitimité du contenu des droits (conception absolutiste des droits). Une telle action de la jurisprudence manque en légitimité. Confirmant le modèle théorique élaboré dans la deuxième partie de la recherche, nous montrons que l’approche activiste se révèle par ailleurs inefficace : les Etats ne se sentent pas liés par la limite posée par la jurisprudence et élargissent, voire abandonnent, la notion d’emploi convenable.

**519.** Lier le contenu du droit aux normes sociales internationales emporte par ailleurs le danger d’un glissement d’une conception absolutiste des droits vers une conception relativiste des droits. La Convention n°102 sur la sécurité sociale (norme minimum) (1952) et le Code européen de sécurité sociale ont été élaborés à partir des modèles sociaux nationaux qui sont

aujourd'hui en crise. Ces normes sont appelées à être revues en fonction de l'évolution des législations et des pratiques des Etats. En ce sens, la Convention n°168 sur la promotion de l'emploi et la protection contre le chômage de 1988 et le Guide sur la notion d'emploi convenable réinterprètent la notion d'emploi convenable à partir de la pratique des Etats et flexibilisent la notion d'emploi convenable. Si le contenu du droit au travail librement choisi est assimilé aux normes internationales d'harmonisation minimale, son contenu est appelé à s'aligner sur la pratique majoritaire des Etats, sans qu'il ne permette de faire la distinction entre les réformes de la notion d'emploi convenable qui cherchent à mieux sécuriser le droit au travail librement choisi et celles qui visent uniquement à renforcer la contrainte économique au travail qui pèse sur les personnes sans emploi (*première attitude-type*).

**520.** En marge de cette oscillation entre approche activiste et approche déférente, lesquelles demeurent prisonnières du dilemme entre légitimité et application des droits liés à la distinction temporelle effectuée entre l'élaboration et l'application du droit, nous observons qu'entre 1992 et 2002, le Comité européen des droits sociaux est entré en débat avec les Etats sur l'adéquation des mesures d'activation mises en œuvre au regard du droit au travail librement choisi, à travers une pratique de questionnements, dans ses conclusions relatives à l'article 1, §2 de la Charte. Si à ce jour, cette pratique n'a pas conduit à l'adoption de conclusions de non-conformité, on entreperçoit à travers les questions posées par le Comité de nouveaux critères d'évaluation des mesures d'activation coercitives des personnes sans emploi. Si le Comité persévère dans cette démarche, il pourrait progressivement actualiser les exigences concrètes qui découlent du droit au travail librement choisi et s'émanciper du modèle réformiste ; de nouvelles limites au renforcement du devoir de travailler pourraient être identifiées à travers un test de proportionnalité élargi afin de protéger la liberté de choix des nouvelles catégories de chômeurs et les deux dimensions du droit au travail pourraient être reconnectées dans l'esprit originaire du droit au travail. Dans cette optique, la jurisprudence internationale relative au droit au travail librement choisi ne se limiterait pas à assurer la mise en œuvre des normes internationales d'harmonisation minimale mais instituerait une dynamique de débat démocratique autour de la transformation des normes sociales sous l'égide des droits (*quatrième attitude-type de la jurisprudence internationale dans l'exercice de sa mission d'application du droit*).

### Conclusion du Titre 3

**521.** La troisième partie de la recherche était consacrée à l'examen de la jurisprudence internationale relative au droit au travail face au développement de politiques d'activation des personnes sans emploi au sein des Etats industrialisés. La première partie de la recherche avait mis en évidence l'intérêt de se pencher sur cette question. Dans son application, le droit international relatif au droit au travail est fortement marqué par le modèle réformiste d'après-guerre de réalisation du droit au travail. Or ce modèle subit une crise d'efficacité depuis les années 1980 et les Etats tentent principalement de l'ajuster et de le renouveler à travers le déploiement de politiques d'activation des personnes sans emploi. La troisième partie de la recherche ne visait pas uniquement à effectuer une description juridique de la jurisprudence ; elle visait également à la caractériser au regard des différentes attitudes-types identifiées dans la deuxième partie de la recherche et à procéder à une évaluation en légitimité et en efficacité de son action dans la recomposition des politiques sociales. Deux questions ont plus particulièrement retenu notre attention : nous avons examiné, d'une part, si, et à quelles conditions, la jurisprudence considère que les mesures d'activation constitue un moyen adéquat de poursuivre la réalisation du droit au travail (le droit comme objectif de l'action politique – obligations de mise en œuvre) et, d'autre part, si le droit au travail librement choisi pose des limites au développement des mesures d'activation coercitives (le droit au travail comme limite à l'action politique – obligations de respecter).

**522.** Au terme de l'exercice, nous pouvons conclure que la jurisprudence internationale relative au droit au travail encadre à la marge le développement des mesures d'activation des personnes sans emploi à partir des notions et des catégories classiques du modèle réformiste d'après-guerre (deuxième attitude-type identifiée dans la deuxième partie de la recherche). La marque de la conception réformiste du droit au travail se traduit à la fois au niveau de la grille de lecture du réel adoptée par les organes internationaux et de la grille normative qu'ils empruntent afin de déterminer les exigences concrètes qui découlent du droit au travail face aux politiques d'activation.

**523.** Nous avons, tout d'abord, démontré qu'à travers le prisme réformiste, les organes internationaux ne parviennent pas à saisir l'ensemble du phénomène de l'activation. Ainsi, à travers sa jurisprudence relative aux obligations de mise en œuvre qui découlent du droit au travail, le CDESC ne se penche que sur les mesures ciblées de l'emploi ; il ne perçoit pas la tendance des Etats à adopter des mesures d'activation coercitives en vue de réaliser le droit au travail dans sa dimension de possibilité. Ce phénomène lui échappe et n'est donc pas soumis à son contrôle. On relèvera, par ailleurs, qu'à travers leur jurisprudence relative aux obligations de respecter qui découlent du droit au travail, les organes internationaux n'examinent que les mesures d'activation coercitives mises en œuvre dans les systèmes de sécurité sociale, dès lors que, suivant la conception réformiste, c'est à travers le droit à la sécurité sociale qu'est posée et limitée la contrainte au travail. De manière générale, les mesures d'activation développées dans le champ de la politique fiscale ou parafiscale sont très peu appréhendées

par les organes internationaux alors qu'elles occupent une place importante dans le ré-arbitrage opéré par les Etats entre le droit et le devoir de travailler des personnes sans emploi.

**524.** L'analyse de la jurisprudence révèle que la conception réformiste du droit au travail et son modèle d'interventions disjointes influencent également les organes internationaux au stade de l'identification des exigences concrètes qui découlent du droit au travail. Pour rappel, la conception réformiste vise à sécuriser le droit au travail, dans ses dimensions de possibilité et de liberté, à travers des interventions disjointes : les politiques keynésiennes assorties de mesures actives du marché du travail doivent permettre de réaliser le droit au travail dans sa dimension de possibilité ; le droit au travail librement choisi protège la liberté formelle de choisir son emploi et d'accéder au marché du travail et, enfin, le droit à l'indemnisation du chômage en l'absence d'emploi convenable doit permettre de protéger la liberté réelle de choisir son emploi.

Ainsi, sous l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne relatif aux obligations générales de mise en œuvre du droit au travail, le CEDS se borne à vérifier que les mesures d'activation s'inscrivent dans la poursuite du plein emploi (droit au travail dans sa dimension de possibilité), sans avoir égard à l'éventuel impact des mesures sur le droit au travail dans sa dimension de liberté. Par ailleurs, à travers leur jurisprudence relative aux obligations de respecter qui découlent du droit au travail, les organes internationaux se concentrent sur le droit au travail dans sa dimension de liberté. Dans cette optique, ils effectuent le lien entre le droit à la sécurité sociale et le droit au travail librement choisi, dès lors que dans la conception réformiste, c'est le droit à l'indemnisation du chômage en l'absence d'emploi convenable qui doit concrètement protéger le droit au travail dans sa dimension de liberté.

Si le modèle réformiste d'interventions disjointes a permis de dépasser le dilemme que pose la réalisation simultanée du droit au travail dans ses deux dimensions de possibilité et de liberté, nous avons vu qu'il se révèle inefficace depuis le début des années 1980. Dans un contexte où les tensions entre les deux dimensions du droit ressurgissent, la déconnexion entre les deux dimensions du droit opérée par le CEDS entre l'article 1, §1 et l'article 1, §2 de la Charte nous apparaît hautement problématique en ce qu'elle risque de voir émerger des conflits entre deux composantes d'une même droit. En outre, les mesures d'activation des personnes sans emploi agissent sur les deux dimensions du droit ; il apparaît dès lors important que, lors du contrôle de l'application des obligations de mise en œuvre qui découlent du droit au travail (droit comme objectif de l'action politique), la jurisprudence évalue l'impact des mesures sur les deux dimensions du droit, afin de distinguer les mesures qui visent uniquement à augmenter le taux d'emploi de celles qui poursuivent la réalisation du droit-capacité au travail. Il s'agit d'ailleurs de la seule approche qui soit conforme à l'esprit du droit au travail. Nous avons en effet vu que le droit au travail a rejoint le droit international des droits humains parce qu'il doit contribuer à l'épanouissement des individus. Si le droit au travail dans sa dimension de créance est rabattu sur l'unique dimension de possibilité, sans égard à la dimension de liberté, il se transforme en devoir de travailler.

**525.** L'adoption par la jurisprudence internationale d'une grille de lecture réformatrice, sur les plans conceptuel et normatif, à l'heure où cette conception subit une crise d'efficacité et de légitimité au sein des Etats, procède d'un accaparement du débat démocratique sur le contenu des droits. En endossant cette approche, la jurisprudence concrétise une conception absolutiste des droits, dans laquelle le contenu des droits s'impose aux Etats sans que leur légitimité et leur efficacité soient discutées. Cette approche est illégitime au regard de la conception démocratique des droits humains à laquelle nous adhérons et nous avons vu qu'elle se révèle par ailleurs inefficace. D'une part, une large partie du phénomène de l'activation échappe à la connaissance, et donc au contrôle, des organes internationaux. D'autre part, les Etats ne respectent pas la principale limite posée par la jurisprudence internationale au développement de mesures d'activation coercitives, à savoir que les mesures d'activation doivent respecter le droit des bénéficiaires de prestations de chômage de refuser un emploi qui ne correspond pas à leur statut social et professionnel pendant la première période de chômage. Nous avons en outre montré que cette situation suscite la tentation dans le chef des organes internationaux d'aligner leur jurisprudence sur la pratique des Etats afin de résorber l'écart entre le droit et la pratique (risque de glissement vers une conception relativiste des droits).

**526.** Pour terminer, il faut souligner que nous avons identifié, aussi bien dans la jurisprudence relative aux obligations de mise en œuvre contenues dans le droit au travail que dans la jurisprudence relative aux obligations de respecter, et dans la jurisprudence du CDESC comme dans la jurisprudence du CEDS, le développement de certaines pratiques propres à l'approche expérimentaliste de détermination du contenu des droits. Nous relevons, tout d'abord, que les organes s'engagent dans des pratiques de dialogue qui leur permettent d'acquérir une meilleure connaissance du phénomène de l'activation et de sa diversité. Ensuite, nous observons que la jurisprudence développe des balises procédurales afin d'encourager le débat démocratique au sein des Etats sur la meilleure manière de réaliser le droit au travail et qu'elle se montre attentive aux inégalités délibératives, notamment à travers le développement d'exigences procédurales de représentation (droit-capacité à participer au débat démocratique). Enfin, nous avons observé qu'à certaines occasions la jurisprudence internationale appréhende le droit au travail comme un droit-capacité (en ayant égard à la fois à la liberté dans sa dimension de possibilité et dans sa dimension de choix). Afin que ces essais expérimentalistes se concrétisent, la jurisprudence doit être attentive à jouer les rôles de catalyseur de l'expérience et de gardien du cadre démocratique et de l'esprit des droits. Si elle se borne à développer des exigences procédurales à l'élaboration et à l'évaluation des mesures d'activation dans les Etats, on assistera à un glissement vers une conception relativiste du droit au travail. Et si, au contraire, la jurisprudence évalue les mesures d'activation au regard des droits, sans encourager les Etats à expérimenter et à lui faire bénéficier de leur expérience en contexte, on risque d'assister à un glissement vers une conception absolutiste des droits. Seule une action qui combine les deux fonctions permet à la jurisprudence internationale de reconnecter le droit et le politique, sans que l'un ne prenne le pas sur l'autre, et de participer à la réinvention des politiques sociales sous l'égide des droits.

## Bibliographie sélective du Titre 3

Le troisième titre de la recherche est dédié à l'analyse de la jurisprudence internationale relative au droit au travail face au développement des politiques nationales d'activation des personnes sans emploi. La bibliographie de ce titre est donc constituée des actes à travers lesquels les organes internationaux chargés du contrôle de l'application des textes internationaux déterminent les exigences concrètes qui découlent du droit au travail et encadrent le développement des politiques d'activation. Ils sont classés par instrument.

### **En ce qui concerne l'application de l'article 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels**

#### *a. Les observations générales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels*

C.D.E.S.C., Observation générale n°18 relative au droit au travail, Article 6 du Pacte international relatif aux droits sociaux, économiques et culturels, 35<sup>ème</sup> session, Genève, adoptée le 24 novembre 2005, E/C.12/GC/18.

C.D.E.S.C., Observation générale n°19 relative au droit à la sécurité sociale, Article 9 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 39<sup>ème</sup> session, Genève, adoptée le 23 novembre 2007, E/C.12/GC/19.

#### *b. Les observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels concernant les rapports périodiques soumis par les Etats*

L'ensemble des observations finales du CDESC relatives à l'article 6 du PIDESC portant sur le développement de mesures d'activation au sein des Etats.

#### *c. Autres documents*

C.D.E.S.C., Directives concernant les rapports spécifiques que les Etats doivent soumettre conformément aux articles 16 et 17 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Conseil économique et social, adoptées le 24 mars 2009, E/C.12/2008/2.

C.D.E.S.C., Déclaration sur la mondialisation et les droits économiques et sociaux, 18<sup>ème</sup> session, Genève, mai 1998, in C.D.E.S.C., Rapport sur les 18<sup>ème</sup> et 19<sup>ème</sup> session, Conseil économique et social, *Documents officiels*, Genève, 1999, supplément n°2, Chapitre IV, §515, E/C.12/1998/26,



C.D.E.S.C., Débat général sur le thème de « la mondialisation et ses incidences sur l'exercice des droits économiques et sociaux », Compte-rendu analytique de la 20<sup>ème</sup> séance, 18<sup>ème</sup> session, Genève, 30 juin 1998, E/C.12/1998/SR.20.

C.D.E.S.C., Débat général sur le thème de « la mondialisation et ses incidences sur l'exercice des droits économiques et sociaux », Compte-rendu analytique de la 21<sup>ème</sup> séance, 18<sup>ème</sup> session, Genève, 30 juin 1998, E/C.12/1998/SR.21.

### **En ce qui concerne l'application de la Convention n°29 de l'Organisation internationale du travail (OIT) sur l'interdiction du travail forcé (1930)**

#### ***a. Les études d'ensemble de la Commission d'experts sur l'application des conventions et des recommandations de l'OIT***

C.E.A.C.R., Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales concernant les droits au travail à la lumière de la Déclaration de 2008 sur la justice sociale pour une mondialisation équitable, Donner in visage humain à la mondialisation, Rapport III (Partie 1B), 101<sup>ème</sup> session, Genève, 2012.

C.E.A.C.R., Etude d'ensemble concernant les instruments relatifs à la sécurité sociale à la lumière de la Déclaration de 2008 sur la justice sociale pour une mondialisation équitable, Rapport III (Partie 1B), C.I.T., 100<sup>ème</sup> session, Genève, 2011.

C.E.A.C.R., Etude d'ensemble sur les instruments relatifs à l'emploi à la lumière de la Déclaration de 2008 sur la justice sociale pour une mondialisation équitable, Rapport III (Partie 1B), C.I.T., 99<sup>ème</sup> session, Genève, 2010.

C.E.A.C.R., Eradiquer le travail forcé, Etude d'ensemble relative à la Convention (n°29) sur le travail forcé, 1930, et à la Convention (n°105) sur l'abolition du travail forcé, 1957, Rapport III (Partie 1B), C.I.T., 96<sup>ème</sup> session, Genève, 2007.

C.E.A.C.R., Etude d'ensemble spéciale, Rapport III (partie 1A), C.I.T., 86<sup>ème</sup> session, 1998.

C.E.A.C.R., Abolition du travail forcé, Etude d'ensemble, 1979.

C.E.A.C.R., Le travail forcé, Etude d'ensemble, 1968.

#### ***b. Les demande directes et observations individuelles de la Commission d'experts sur l'application des conventions et des recommandations de l'OIT***

L'ensemble des demandes directes et observations individuelles concernant l'application de la Convention n°29 sur le travail forcé et portant sur le développement de mesures d'activation au sein des Etats.

***c. Rapports du Comité tripartite du Conseil d'administration de l'OIT sur les réclamations***

O.I.T., Rapport du Comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par le Chili de la Convention n°29 sur le travail forcé, 1930, présentée en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT par le Colegio de Abogados de Chile A.G. (Collège des avocats du Chili), Genève, 11 novembre 2008.

O.I.T., Rapport du Comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par le Sénégal de la Convention n°105 sur l'abolition du travail forcé, 1957, présentée en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT par le Syndicat unique et démocratique des enseignants du Sénégal (SUDES), Genève, novembre 1997.

O.I.T., Rapport du Comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par le Chili des conventions n°1, 2, 24, 29, 30, 35, 37, 38 et 111, présentée en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT par le Conseil national de coordination syndicale du Chili (CNS), Genève, novembre 1986.

O.I.T., Rapport du Comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par le Chili des conventions internationales du travail n°1, 2, 29, 30 et 122, présentée en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT par le Conseil national de coordination syndicale du Chili (CNS) en vue de l'article 24 de la Constitution, Genève, mai 1984.

***d. Autres***

O.I.T., Commission de l'application des normes de la Conférence, Rapport général, Extraits du compte-rendu des travaux, C.I.T., 96<sup>ème</sup> session, Genève, 2007, §130.

O.I.T., Commission de l'application des normes de la Conférence, Rapport général, Extraits du compte-rendu des travaux, C.I.T., 96<sup>ème</sup> session, Genève, 2007, §86.

O.I.T., Commission de l'application des normes, Rapport général, C.I.T., 86<sup>ème</sup> session, Genève, juin 1998.

O.I.T. (Société des Nations), Compte-rendu des travaux, 18<sup>ème</sup> session, C.I.T., Genève, 1934.

O.I.T., Rapport IV(2), Promotion de l'emploi et sécurité sociale, Quatrième question à l'ordre du jour, C.I.T., 73<sup>ème</sup> session, 1987.

**En ce qui concerne l'application de l'article 1 de la Charte sociale européenne**

***a. Les observations interprétatives du Comité européen des droits sociaux***

C.E.D.S., Conclusions 2012 relatives à l'application de la Charte sociale européenne révisée de 1996, Observation interprétative relative à l'article 1, §2 de la Charte, Décembre 2012.

C.E.D.S., Conclusions XIX-1 relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961, Observation interprétative relative à l'article 1, §2 de la Charte, 24 octobre 2008.

C.E.D.S., Conclusions 2008 relatives à l'application de la Charte sociale européenne révisée de 1996, Observation interprétative relative à l'article 1, §2 de la Charte, 24 octobre 2008.

C.E.D.S., Conclusions XVIII-1 relatives à l'application de l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne de 1961, 31 octobre 2006.

C.E.D.S., Conclusions XVI-1 relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961, Observation interprétative relative à l'application de l'article 1, §1, 30 mai 2003.

C.E.D.S., Conclusions XVI-1 relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961, Observation interprétative relative à l'application de l'article 1, §2, 30 mai 2003.

C.E.D.S., Conclusions 2002 relatives à l'application de la Charte sociale européenne révisée de 1996, Observation interprétative relative à l'application de l'article 1, §2, 31 mars 2002.

C.E.D.S., Conclusions 2002 relatives à l'application de la Charte sociale européenne révisée de 1996, Observation interprétative relative à l'application de l'article 1, §1, 31 mars 2002.

C.E.D.S., Conclusions III relative à l'application de la Charte sociale européenne de 1961, Observation interprétative relative à l'article 1, §1, 31 juillet 1973.

C.E.D.S., Conclusions I relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961, Observation interprétative relative à l'article 1, §1 de la CSE, 31 mai 1969.

C.E.D.S., Conclusions I relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961, observation interprétative relative à l'article 1, §3 de la CSE, 31 mai 1969.

C.E.D.S., Conclusions I relatives à l'application de l'article 13 de la Charte sociale européenne de 1961, Observation interprétative, 31 mai 1969.

#### ***b. Les introductions générales aux conclusions***

C.E.D.S., Conclusions 2002 relatives à l'application de la Charte sociale européenne révisée de 1996, Introduction générale, 31 mars 2002.

C.E.D.S., Conclusions XIV-1 relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961, Introduction générale, 30 mars 1998.

C.E.D.S., Conclusions XIII-3 relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961, Introduction générale, 30 novembre 1995.

C.E.D.S., Conclusions X-2 relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961, Introduction générale, 30 juin 1988.

C.E.D.S., Conclusion IX-2 relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961, Introduction générale, 30 juin 1986.

C.E.D.S., Conclusions VIII relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961, Introduction générale, 31 janvier 1984.

C.E.D.S., Conclusions VI relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961, Introduction générale, 30 novembre 1979.

C.E.D.S., Conclusions III relatives à l'application de la Charte sociale européenne de 1961, Introduction générale, 31 juillet 1973.

C.E.D.S., Conclusions II relatives à l'application de l'article 1, §1 de la Charte sociale européenne de 1961, Introduction générale, 31 juillet 1971.

***c. Les conclusions adoptées par le Comité européen des droits sociaux dans le cadre de la procédure de rapports***

L'ensemble des conclusions relatives à l'application de l'article 1 de la Charte portant sur le développement de mesures d'activation au sein des Etats.

***d. Les décisions du Comité européen des droits sociaux sur les réclamations collectives***

C.E.D.S., Décision n°8/2000 sur le bien-fondé de la réclamation n°8/1999, Conseil Quaker pour les affaires européennes (QCEA) v. Grèce, 25 avril 2001.

C.E.D.S., Décision sur le bien-fondé de la réclamation n°66/2011, Fédération générale des employés des compagnies publiques d'électricité (GENOP-DEI) et Confédération des syndicats des fonctionnaires publics (ADEDY) c. Grèce, 23 mai 2012.

***e. Autres documents***

Entretien avec Petros Stangos, Vice-président du C.E.D.S., rapporteur pour l'article 1, §2 lors du cycle de contrôle de 2012, 5 décembre 2012.

Secrétariat du Comité européen des droits sociaux, Digest de jurisprudence du Comité européen des droits sociaux, Strasbourg, 1<sup>er</sup> septembre 2008, [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Digest/DigestSept2008\\_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Digest/DigestSept2008_fr.pdf) (site du Comité européen des droits sociaux).

Formulaire pour l'établissement des rapports à présenter en application de la Charte sociale européenne 1961 et du Protocole additionnel de 1988, adopté par le Comité des Ministres le 26 mars 2008 ;

Formulaire pour l'établissement des rapports à présenter en application de la Charte sociale européenne révisée, adopté par le Comité des Ministres le 26 mars 2008

Rapport explicatif de la Charte sociale européenne révisée, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1996, <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/163.htm> (site de la Charte sociale européenne).

Groupe d'experts sur l'emploi convenable, Guide sur la notion d'emploi convenable dans le cadre des prestations de chômage, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, adopté par le Comité d'experts sur la sécurité sociale (CS-SS) à Strasbourg en mars 2009.

## Conclusion générale

« Ideas are worthless except as they pass into actions which rearrange and reconstruct in some way, be it little or large, the world in which we live »

(J. DEWEY, *The Quest for Certainty : a Study of the Relation of Knowledge and Action*, New York, Minton, Balch & Company, 1929, p. 139).

**527.** Le lecteur en quête d'un aperçu systématique du déroulé de la recherche se référera aux conclusions intermédiaires de l'étude (cf. n°241-244, 349-352 et 522-527). Ces conclusions résument le chemin parcouru dans chacune des trois parties et les situent les unes par rapport aux autres dans le déroulement du raisonnement scientifique.

**528.** Dans la conclusion générale, nous souhaitons nous détacher de la carte de route qui nous a permis d'avancer méthodiquement dans le traitement scientifique de la question de recherche, et ce afin de mettre en évidence les apports généraux de l'étude à l'avancement de la connaissance scientifique (1.). Les points retenus nous semblent soit apporter un éclairage nouveau sur des objets de recherche classiques, soit développer des connaissances qui pourront servir de point d'appui à l'élaboration de nouveaux objets de recherche.

Un retour est ensuite opéré sur la question générale qui nous a mis en mouvement : peut-on fonder le développement des politiques d'activation des personnes sans emploi sur le droit au travail ? A quoi aboutit une telle fondation ? Il s'agira de transcender le découpage de la recherche en parties et d'identifier, grâce au recul opéré, les conditions auxquelles un lien fondationnel peut être établi entre les politiques d'activation des personnes sans emploi et le droit au travail (2.).

### 1. Les apports de l'étude

#### a. L'« encodage dans le droit »<sup>365</sup> des sources sociales du droit au travail et de ses différentes conceptions politiques

**529.** L'étude a emprunté l'approche du *law in context* afin de déconstruire les notions et les institutions juridiques du droit au travail et de découvrir les principes idéologiques, les conceptions politiques ou encore les théories économiques qui les ont façonnées. L'exercice a consisté à mettre en regard des notions juridiques et des concepts issus d'autres disciplines.

---

<sup>365</sup> Selon l'expression de Robert Lafore (« La juridicisation des problèmes sociaux : la construction juridique de la protection sociale », *Informations sociales*, n° 157, 2010, p. 19).

Plus précisément, il s'est agi, en qualité de juriste, d'analyser l' « encodage dans le droit » de concepts, d'axiomes ou encore de théories issues d'autres disciplines, ce qui a par ailleurs impliqué de caractériser de manière rigoureuse la nature, la portée et le contenu du droit au travail et de ses différentes formulations juridiques.

Il a tout d'abord été procédé à la traduction juridique de l'ambivalence des sources sociales du droit au travail. Pour rappel, nous avons vu que l'idée du droit au travail s'est imposée à la fois comme instrument de réalisation de l'utopie d'une société de marché (libéralisme économique) et comme un droit humain lié au droit à la vie (libéralisme politique). L'étude a participé à l'élucidation de cette tension fondatrice, en en proposant une conceptualisation en termes juridiques ou, plus généralement, en enjeux relevant de la sphère du droit. Les deux courants de pensée assignent au droit au travail un objectif et un objet distincts. Dans le libéralisme économique, le droit au travail a pour objectif d'assurer la cohésion et la paix sociales par l'accroissement des richesses globales. Le droit peut donc porter sur n'importe quel travail pour peu qu'il soit rémunéré et productif. Dans le registre des droits humains (libéralisme politique), la réalisation du droit au travail doit permettre d'assurer la subsistance ainsi que l'épanouissement des individus ; le droit doit dès lors porter sur un travail librement choisi qui rencontre les aspirations professionnelles individuelles. Alors que dans le libéralisme économique, la poursuite de la réalisation du droit au travail est l'autre face du devoir de travailler des individus vis-à-vis de la société, le droit est délié de toute idée de devoir de travailler dans le registre des droits humains, dès lors qu'il doit être librement choisi. L'ambivalence des sources sociales du droit au travail se traduit donc dans le droit par une tension entre droit et devoir de travailler dans la relation nouée entre les individus et la société.

L'étude a ensuite proposé une catégorisation systématique des différentes propositions politiques de réalisation du droit au travail qui se sont affrontées, en fonction de la manière dont elles gèrent cette tension. Plus précisément, les différentes conceptions politiques du droit au travail ont été « mises en mots juridiques » et distinguées, à partir de la réalisation du droit au travail qu'elles préconisent et de la concrétisation du devoir de travailler qui l'accompagne. Pour rappel, quatre conceptions idéal-typiques ont ainsi été identifiées : la conception libérale originelle, la conception socialiste, la conception libérale classique et la conception réformiste.

On soulignera au passage que ce travail d'élaboration juridique des différentes conceptions politiques du droit au travail nous a amenés à développer un regard original sur l'indemnisation du chômage involontaire. Alors qu'à la suite des travaux d'Esping-Andersen, les sociologues et les politologues décryptent traditionnellement l'indemnisation du chômage à travers sa fonction décommodifiante, l'étude a mis en évidence que cette institution juridique constitue par ailleurs un élément central au sein d'un arrangement institutionnel plus large qui vise à réaliser le droit au travail. Plus précisément, le droit à l'indemnisation du chômage en l'absence d'emploi convenable est l'élément-clé, dans la conception réformiste d'après-guerre, qui doit permettre de sécuriser le droit au travail librement choisi et d'apaiser la tension entre droit et devoir de travailler sur laquelle butaient les conceptions libérale et socialiste du droit au travail. Ce n'est donc pas parce que le modèle sécurise, dans une

certaine mesure, la possibilité pour les individus de sortir du marché du travail qu'il ne promeut pas l'accès au travail et ne privilégie pas le travail sur les prestations de chômage.

**530.** Dans cette étude, le travail d'« encodage dans le droit » a été mené en vue d'identifier les représentations sociales et les conceptions politiques qui sous-tendent le droit au travail dans le droit international des droits humains (DUDH, PIDESC, CSE). L'outil pourrait être mobilisé, dans d'autres recherches, par exemple pour déconstruire les institutions juridiques du droit au travail au sein d'un ordre juridique national. Il pourrait également constituer la matrice d'une analyse comparative du droit au travail dans divers ordres juridiques nationaux, ou encore servir de grille de lecture d'évolutions de la formulation ou de la mise en œuvre du droit au travail dans le droit constitutionnel d'un Etat. Sur le plan international, nous nous sommes concentrés sur les pactes internationaux adoptés dans l'après-guerre. Il serait intéressant d'y confronter la formulation du droit au travail retenue dans les pactes internationaux adoptés ultérieurement, ainsi que leur concrétisation à travers la jurisprudence internationale.

**531.** Grâce au travail de déconstruction, le droit au travail est par ailleurs devenu un principe fécond d'analyse des politiques d'activation des personnes sans emploi et, plus largement, de l'ensemble des politiques expérimentées en matière d'emploi. Nous avons fait état des débats dans la littérature socio-politique autour des différentes classifications des mesures d'activation et des hypothèses alternatives de l'hybridation des modèles d'activation ou de leur convergence en faveur du modèle libéral. Le passage par le droit permet à notre sens d'améliorer le traitement scientifique de ces questions empiriques.

Il permet tout d'abord d'affiner les classifications des mesures d'activation. Il offre par exemple de distinguer les mesures qui renforcent la contrainte économique au travail (logique libérale de reconditionnement) des mesures qui renforcent la contrainte juridique au travail. Ces dernières mesures sont souvent classées dans le registre libéral, sans plus de distinction. Pourtant, elles n'emportent pas nécessairement une reconditionnement ; certaines des mesures peuvent au contraire être mues par la volonté de légitimer un haut degré de *déconditionnement*. Les mesures qui renforcent la contrainte juridique au travail se distinguent par une action disciplinante de l'Etat sur le comportement des individus ; suivant notre grille de déconstruction du droit au travail, elles opèrent plutôt un glissement en faveur de la conception socialiste du droit au travail.

Le passage par le droit permet par ailleurs d'objectiver, au-delà des discours politiques, la manière dont les réformes d'activation affectent notre modèle social. La confrontation de l'opérationnalisation juridique des réformes d'activation (dispositif légal et mise en œuvre concrète) à la grille de déconstruction permet d'identifier le glissement politique opéré par les réformes en faveur de l'une ou l'autre conception politique du droit au travail. La grille de déconstruction du droit au travail constitue ainsi un outil scientifique intéressant pour explorer la question empirique de la convergence ou de l'hybridation des modèles.



## b. Repenser les droits humains comme le lieu d'institutionnalisation de la démocratie

**532.** La recherche visait à mobiliser le droit au travail non seulement comme principe analytique mais également comme principe évaluatif des différentes variantes de l'activation. Nous avons toutefois très rapidement entraperçu le risque d'une instrumentalisation idéologique des droits humains en vue d'imposer une conception politique particulière des politiques d'activation, qui soit soustraite de tout débat démocratique. L'approche en contexte du droit au travail a renforcé cette préoccupation dès lors que l'émergence de cette institution juridique est apparue sous-tendue par des postulats idéologiques forts et son élaboration juridique marquée par des dissensions politiques importantes.

L'approche *law in context* a par ailleurs révélé que le droit au travail avait, à différents moments de l'histoire, joué le rôle d'instance critique, à partir et au regard de laquelle la légitimité et l'efficacité des politiques sociales avaient été mises en débat. Cette observation est venue appuyer une intuition forte du projet de recherche : s'il faut être attentif à ne pas mobiliser l'argument des droits humains afin d'imposer définitivement une vision politique particulière du social, les droits constituent néanmoins le lieu approprié de mise en débat et de réinvention de notre modèle social.

Cette réflexion a trouvé écho dans les écrits de Claude Lefort. Selon ce dernier, les droits humains constituent le lieu d'institutionnalisation du conflit, essentiel à la vitalité de la démocratie, sur les normes légitimes d'organisation de la société<sup>366</sup>. Dans un ouvrage questionnant le fondement des droits humains et leurs conditions de légitimité, Philippe Gérard défend, à sa suite, une conception démocratique ou républicaine des droits, en vertu de laquelle « la démocratie constitue le contexte adéquat d'interprétation et de justification des droits »<sup>367</sup>. L'étude s'inscrit dans cette compréhension démocratique de l'institution des droits et en poursuit la réflexion. Elle repense les droits et leur fonction dans la recomposition des politiques sociales, et plus largement dans l'élaboration des politiques publiques, au regard du principe d'interprétation et de justification qu'est la démocratie.

**533.** L'étude œuvre tout d'abord à l'élaboration théorique de la conception démocratique des droits, en la distinguant de deux grands autres ensembles de conceptions des droits – les conceptions absolutistes et les conceptions relativistes –, et ce en fonction du rapport qu'elles instituent entre les droits humains et le politique. La conception démocratique s'oppose tout d'abord aux conceptions absolutistes des droits suivant lesquelles les droits humains constituent un ensemble prédéterminé qui s'impose définitivement au politique (déconnexion entre les droits humains et le politique). Suivant la critique démocratique, ces conceptions masquent la conflictualité sociale ; en fondant les droits sur un principe supérieur, elles les instrumentalisent afin d'imposer une vision définitive de la société qui échappe à la

---

<sup>366</sup> C. LEFORT, « Droits de l'homme et politique », in *L'invention démocratique. Les limites de la domination totalitaire*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Fayard, 1994, pp. 43-85 (originellement publié en 1981) ; « La question de la démocratie », in *Essais sur le politique (XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles)*, Paris, Seuil, 1986, pp. 21-30 ; « Les droits de l'homme et l'Etat-providence », in *Essais sur le politique (XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles)*, Paris, Seuil, 1986, pp. 31-58.

<sup>367</sup> P. GÉRARD, *L'esprit des droits. Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Vol. 115, 2007, pp. 79-142.

démocratie. La conception démocratique ne peut par ailleurs pas être assimilée aux conceptions relativistes en vertu desquelles les droits ne se distingueraient en rien des autres règles que se donne une société politique (assimilation des droits humains au politique). Dans la conception démocratique, les droits jouissent d'une certaine autonomie par rapport au politique, en ce qu'ils lient le politique à l'interrogation infinie de la légitimité du droit et à l'impératif démocratique (connexion mais distanciation par rapport au politique). Ce second aspect fait écho à la conviction que quelque chose se joue à travers les droits et qu'il est possible de concevoir une approche transformatrice des droits qui ne procède pas pour autant à leur instrumentalisation politique.

**534.** L'étude identifie ensuite les traits caractéristiques que revêtent les droits humains dans l'approche démocratique et les compare aux attributs des droits dans les autres conceptions. Cet exercice permet de préciser le rapport institué entre les droits humains et le politique, ou plus concrètement le pouvoir d'action des droits humains dans la transformation du modèle social. Dans la conception démocratique, les droits et leur contenu sont ouverts et évolutifs. Leur évolution doit cependant s'inscrire dans le cadre normatif de la démocratie : les nouveaux droits ou les nouvelles interprétations des droits doivent respecter les principes démocratiques et chercher à les approfondir. Les droits qui constituent les conditions d'institutionnalisation de la démocratie (droits-supports) constituent des limites à l'action politique. Les droits humains constituent par ailleurs dans leur ensemble, qu'ils soient des droits-supports ou des droits-produits de la démocratie, des enjeux de la volonté collective. Ils orientent le politique qui doit chercher à les mettre en œuvre, les concrétiser et à les développer.

**535.** Cette réflexion sur les droits humains et leur articulation avec le politique nous a permis de construire un regard original dans le débat philosophique sur le statut du droit au travail et sur les formes d'actualisations possibles du droit. Elle enrichit plus généralement le débat en théorie et en philosophie des droits humains sur le statut des droits humains et leurs conditions de légitimité. La grille de lecture démocratique élaborée dans le cadre de cette recherche peut par ailleurs être mobilisée afin de discuter du statut d'un droit humain en particulier, et de déterminer s'il s'agit d'un droit-support (principe supérieur) ou d'un droit-produit de la démocratie (norme réversible). Lorsque le droit qui retient l'attention est un droit-produit, il nous apparaît par ailleurs pertinent, au regard des enseignements de la présente recherche, de combiner la conception démocratique des droits avec l'approche déconstructiviste du *law in context* en vue de mettre en évidence, et de dénoncer, la nature idéologique du droit ou son insuffisance sur le plan démocratique. De telles recherches contribuent à assurer la relance du débat démocratique sur les droits et la recherche de meilleures voies de concrétisation des principes démocratiques. Elles sont des gages de la vitalité de la démocratie.

L'approche démocratique des droits n'engage pas uniquement des recherches critiques sur les droits, elle offre également un ressort explicatif. Elle peut servir de cadre d'explicitation de l'émergence de nouveaux droits, dans la prolongation d'autres droits. Nombre de débats qui animent l'université, le monde politique ou la société civile autour des droits et de leurs formes d'actualisation possibles peuvent également être discutés à partir de cette perspective analytique.

### **c. Combiner l'expérimentalisme démocratique et l'approche par les capacités pour développer une pratique jurisprudentielle qui reconnecte le droit et le politique**

**536.** L'étude ne s'arrête pas à une réflexion théorique sur le statut des droits humains et leur rapport avec le politique. Elle cherche à ce que, dans la pratique du droit international des droits humains, les droits revêtent effectivement les traits caractéristiques qui leur sont dévolus dans la conception démocratique. Cette démarche est motivée par le double constat suivant : d'une part, la conception réformiste du droit au travail privilégiée par la jurisprudence internationale subit une crise d'efficacité et, d'autre part, de nouvelles interprétations du droit au travail peinent à émerger au sein des Etats. Dans ce contexte, il est apparu essentiel d'identifier les conditions menant à ce que, dans leur application, les droits soient effectivement un lieu de débats et de réflexions où se reconstruit le modèle social. Une réflexion a dès été menée sur la mission d'application, et donc de spécification du droit, des organes internationaux.

**537.** Nous sommes partis du constat que le séquençement idéal opéré dans la tradition libérale entre les phases d'élaboration et d'application du droit coïncident les organes internationaux entre deux attitudes qui apparaissent insatisfaisantes au regard de l'approche démocratique des droits : soit ils cherchent à réaliser les droits et déterminent et actualisent unilatéralement les exigences qui découlent des droits (approche activiste – déconnexion entre le droit et le politique – glissement vers une conception absolutiste des droits) ; soit ils renoncent à leur mission de réalisation des droits et contrôlent à la marge l'action des Etats, évitant ainsi toute critique liée à leur manque de légitimité démocratique (approche déférente – assimilation des droits au politique - glissement vers une conception relativiste des droits).

Constatant cette impasse, nous avons pris le risque de faire dialoguer deux théories contemporaines que sont l'expérimentalisme démocratique de Charles Sabel et Michaël Dorf et l'approche par les capacités d'Amartya Sen afin d'articuler une approche alternative, qualifiée d'expérimentaliste, qui dépasse le séquençement entre les phases d'élaboration et d'application du droit, en engageant les organes internationaux à associer les Etats dans la détermination et l'actualisation des exigences qui découlent des droits. Cette théorie pratique de la fonction jurisprudentielle ambitionne ainsi de reconnecter les droits et le politique, sans assimiler les premiers aux seconds (conception démocratique des droits), et ce en vue d'une transformation démocratique du modèle social sous l'égide des droits.

A première vue, l'exercice pouvait paraître périlleux.

L'expérimentalisme démocratique développe certes un modèle procédural de détermination du contenu des droits qui dépasse le strict séquençement entre l'élaboration et l'application du droit. Cependant, ce modèle est élaboré dans le cadre étatique. Les juges constitutionnels sont invités à s'appuyer sur l'expérience et sur la connaissance des parties afin de déterminer progressivement le contenu des droits, sans porter atteinte aux valeurs démocratiques. Il a donc fallu sauter un premier pas et justifier la transposition de la théorie dans un contexte

international et son application à l'action des organes internationaux qui ne sont pas des organes juridictionnels.

De son côté, l'approche par les capacités est une théorie comparative de la justice qui fournit un cadre d'évaluation ouvert des politiques publiques. Elle est généralement mobilisée dans les recherches scientifiques afin de nourrir un regard critique sur les politiques publiques ou sur leurs indicateurs d'évaluation. Elle est également de plus en plus prise en compte en amont, au stade de l'élaboration des politiques publiques et des indicateurs d'évaluation. Par ailleurs, Amartya Sen propose certes d'envisager les droits humains comme des droits capacités mais il vise les droits au sens philosophique du terme et non dans leur forme juridique. L'originalité de l'étude réside dès lors dans l'application de l'approche par les capacités au droit international des droits humains et, plus particulièrement, dans la mobilisation des concepts-clés de l'approche pour guider les organes internationaux dans l'évaluation de l'efficacité des expériences menées par les Etats dans la poursuite de la réalisation des droits.

Enfin, le pari le plus audacieux consistait probablement à faire entrer en dialogue deux théories, dont l'une est habituellement rangée dans les approches procédurales et l'autre dans les approches dites substantielles de la justice. L'exercice a tout d'abord consisté à démontrer que, dans le champ des droits humains, ces théories n'étaient pas incompatibles. C'est à travers la conception démocratique des droits humains que nous avons tracé le trait d'union. Nous avons démontré méthodiquement que la conception des droits humains qui accompagne chacune de ces théories est étroitement liée à la conception démocratique des droits. A travers cet exercice, il est apparu que l'opposition des deux théories sur l'axe procédure versus substance devait être adoucie. L'expérimentalisme démocratique est certes une théorie procédurale de l'action mais elle est fondée sur une valorisation des principes démocratiques. Quant à l'approche par les capacités, elle se distingue de la plupart des versions du libéralisme en ce qu'elle n'érige pas la liberté individuelle en fin ultime qui échapperait au débat démocratique.

Après avoir mis en évidence la proximité intellectuelle des deux théories dans le champ des droits humains, nous avons montré leur complémentarité dans le développement une approche démocratique de la fonction jurisprudentielle qui reconnecte le droit et le politique. L'une propose un cadre procédural qui permet d'assurer la relance du débat démocratique sur le contenu des droits. L'autre fournit les balises normatives pour veiller à ce que le débat démocratique cherche à mieux réaliser les droits et à approfondir la démocratie.

**538.** A travers le mariage de l'expérimentalisme démocratique et de l'approche par les capacités, l'étude contribue, de manière générale, aux réflexions sur la fonction de juger, et plus largement sur la fonction jurisprudentielle dans un cadre national ou international. L'articulation des deux théories nourrit un regard critique sur les approches traditionnelles de la fonction jurisprudentielle et fonde l'élaboration d'une théorie pratique de la fonction jurisprudentielle originale qui ouvre les perspectives d'une action transformatrice des droits à travers leur reconnexion avec le politique.

**539.** Dans le cadre de l'étude, nous avons directement confronté la jurisprudence internationale relative au droit au travail aux différentes approches de la fonction jurisprudentielle (approches activiste, déférente et expérimentaliste). Le corps de jurisprudence étudié demeure peu élaboré sur le plan juridique et mobilise très peu les outils conceptuels et les techniques du droit des droits humains, tels que la marge d'appréciation, l'obligation de *standstill* ou le principe de proportionnalité, ou en tout cas de manière non formalisée. Dans le cadre de futures recherches, il serait intéressant de confronter les différents outils et techniques classiques d'application du droit des droits de l'homme avec l'approche expérimentaliste de la détermination du contenu des droits, afin d'esquisser une critique de ceux-ci et d'éventuellement formuler des propositions d'adaptation dans la perspective du développement d'une telle approche. Le même exercice pourrait être effectué à propos du cadre institutionnel et procédural dans lequel les organes internationaux sont chargés de contrôler l'application des droits humains. Sur cette dernière question, il serait par exemple intéressant d'étudier la pertinence des mécanismes de contrôle réguliers par rapport aux procédures contentieuses dans une approche expérimentaliste de détermination du contenu des droits. On pourrait également articuler une réflexion sur la place réservée à la société civile dans les différentes procédures.

## 2. Retour sur la question de recherche

**540.** Les différentes réflexions exposées ci-dessus ont été mues par la question de l'établissement d'un lien fondationnel entre le droit au travail et les politiques d'activation des personnes sans emploi. Il s'agit maintenant de boucler la boucle, de reprendre la question de recherche et d'identifier, à la lumière des enseignements généraux, à quelles conditions il peut être considéré qu'une mesure d'activation est fondée sur le droit au travail.

**541.** Les conditions portent non seulement sur les politiques d'activation mais également sur le droit au travail. Dans la perspective adoptée, le droit au travail n'a pas un contenu prédéterminé à partir duquel on peut définir une fois pour toutes ce qu'est une bonne politique d'activation. Le droit au travail et les politiques sociales sont appelés à se redéfinir réciproquement au gré des débats démocratiques et en vue d'approfondir la démocratie. Les conditions à l'établissement d'un lien fondationnel ne peuvent donc pas non plus être figées : l'apprentissage sur base de l'expérience est un processus continu. Dans cette perspective, nous proposons trois conditions aux statuts distincts. La première correspond à un apprentissage acquis. La seconde porte sur un apprentissage en cours ; ces contours doivent encore être précisés par les résultats des expérimentations. La dernière ouvre la porte sur un apprentissage possible.

### a. Libérer le droit au travail de la conception réformiste d'après-guerre

**542.** Nous identifions tout d'abord une condition préalable à l'identification des conditions dans lesquelles les politiques d'activation peuvent être considérées comme fondées sur le droit au travail : le droit au travail doit lui-même être libéré du modèle réformiste d'après-guerre et des notions et catégories juridiques qui concrétisent ce modèle. C'est le recours à l'approche du *law in context* combiné à la réflexion philosophique sur le rôle des droits humains dans la recomposition des politiques sociales qui nous a permis de fonder cette affirmation.

**543.** La confrontation du droit international des droits humains à la grille de déconstruction des institutions du droit au travail a révélé que les organes internationaux chargés de contrôler l'application des pactes internationaux ont privilégié la conception réformiste du droit au travail, alors que les formulations du droit au travail retenues dans les Pactes étaient larges et indéterminées et ne faisaient prévaloir aucune conception politique.

La conception réformiste subit une crise d'efficacité depuis la fin des années 1970 : suite aux mutations du contexte économique et international, le droit à l'indemnisation du chômage en l'absence d'emploi convenable s'avère insuffisant à sécuriser la liberté effective de choisir un emploi. Dans un contexte de chômage de masse et de longue durée, cette liberté devient purement formelle. Grâce à l'approche *law in context*, nous avons ainsi mis en évidence l'existence d'un écart entre la *law in the books* et la *law in action*. La jurisprudence internationale maintient les exigences d'une conception particulière du droit au travail qui, au vu des évolutions du contexte, n'apparaît plus adéquate, ou à tout le moins insuffisante, à réaliser son objectif, c'est-à-dire à sécuriser le droit des individus de choisir librement leur emploi.

**544.** L'approche du *law in context* ne nous permet pas d'aller au-delà de ce constat descriptif. Elle ne nous autorise ni à poser un regard critique sur l'action de la jurisprudence, ni à développer un positionnement normatif sur le contenu du droit au travail. C'est la réflexion menée sur le rôle des droits humains dans la recomposition des politiques sociales qui nous permet de franchir ce pas et d'affirmer qu'il faut libérer le droit au travail de la conception réformiste du droit au travail.

Dans la conception démocratique des droits, le droit au travail est un droit-produit de la démocratie. Il a rejoint le giron des droits humains parce que, dans des sociétés centrées sur le travail, les Etats ont considéré qu'il s'inscrivait dans le prolongement du droit à la vie et ont décidé de l'inclure dans les instruments juridiques relatifs aux droits humains. Le droit au travail n'a donc pas de contenu normatif plus précis que celui que les Etats ont entendu lui donner. Or, grâce au travail d'exégèse des travaux préparatoires, nous avons démontré qu'à travers les formules retenues dans les Pactes internationaux, les Etats entendaient se lier pour l'avenir à l'objectif de réalisation du droit au travail, sans pour autant lier ce droit à une conception politique particulière, et ce notamment au regard du fait qu'il n'apparaissait pas souhaitable de définir une solution générale et définitive en dehors de tout contexte. Au regard de ces considérations, la jurisprudence internationale ne peut pas amarrer le droit au travail à la conception réformiste ; elle doit accepter la mise en débat de la légitimité des exigences

réformistes qui découlent du droit au travail. A défaut, on glisse vers une conception absolutiste des droits (déconnexion entre les droits et le politique).

**545.** Si le droit au travail n'est pas libéré de la conception réformiste d'après-guerre, il est difficile d'envisager de fonder les politiques d'activation des personnes sans emploi sur le droit. Nous avons en effet vu que les politiques d'activation constituent les principales tentatives de réponses articulées par les pays industrialisés en vue de répondre à la crise d'efficacité de la conception réformiste. Ce faisant, elles procèdent à un ajustement ou à un renouvellement des conceptions politiques du droit au travail. Si le droit au travail est mobilisé dans une logique défensive de la conception réformiste d'après-guerre, toute tentative d'adaptation du modèle risque d'être d'emblée rejetée, sans que la question de son potentiel effet sur la réalisation du droit au travail ne soit envisagée. Nous avons en outre observé que la grille de lecture conceptuelle de la conception réformiste ne permet pas d'appréhender le phénomène de l'activation dans son ensemble, si bien qu'à lier le droit au travail à la conception réformiste, une grande partie des réformes d'activation et de leurs implications échappent tout simplement au droit.

Par contre, si le droit au travail est délié de la conception réformiste, il apparaît possible de fonder les politiques d'activation sur le droit au travail. Concrètement, cela implique que la jurisprudence accepte, et encourage, la mise en débats des exigences, des notions et des catégories juridiques de la conception réformiste du droit au travail, et envisage plus généralement si les mesures d'activation sont susceptibles de mieux sécuriser le droit au travail librement choisi et d'approfondir les principes démocratiques. A cette première condition, on pourra dépasser l'opposition de principe entre le droit au travail et les mesures d'activation et identifier les conditions dans lesquelles ces mesures peuvent être considérées comme fondées sur le droit au travail.

## **b. Veiller à ce que les politiques d'activation respectent l'esprit du droit au travail et le cadre démocratique**

**546.** L'approche expérimentaliste de détermination du contenu des droits pose deux conditions ouvertes à l'établissement d'un lien fondationnel entre une mesure d'activation et le droit au travail : on doit raisonnablement pouvoir considérer que la mesure va contribuer à une meilleure réalisation concrète du droit au travail appréhendé comme un droit-capacité (dimension de possibilité et liberté de choix) ainsi qu'à une meilleure réalisation du droit-capacité à participer au débat démocratique (à travers des droits procéduraux, des droits-contraintes ou encore des droits sociaux).

**547.** Dans ce point, nous essayons de préciser ces conditions générales et abstraites en les confrontant aux différentes variantes de l'activation. C'est en principe à travers l'expérience concrète et au terme d'un débat démocratique qui associe les acteurs concernés que le cadre évaluatif ouvert de l'approche expérimentaliste du droit au travail est appelé à être concrétisé. Nous avons identifié certains critères à partir des questions posées aux Etats par les organes

internationaux mais le développement de pratiques expérimentalistes au sein de la jurisprudence en demeure à ses débuts. Cet exercice revêt donc une dimension prospective et nous serons dès lors attentifs à ne pas commettre l'erreur méthodologique de défendre, à travers la concrétisation des critères généraux, notre vision politique des politiques d'activation, ce qui serait en rupture totale avec le positionnement théorique adopté tout au long de l'étude.

**548.** En ce qui concerne la première catégorie de mesures, celles qui développent les droits, les services et les opportunités liées au travail, on peut raisonnablement penser qu'elles contribuent à une meilleure réalisation du droit au travail. Parmi ces mesures, nous avons distingué les mesures qui augmentent les opportunités d'emploi (subsidés à l'emploi, création directe d'emplois, réductions de cotisations sociales,...) et les mesures qui agissent sur la productivité des travailleurs (formations, stages professionnels, aides à la recherche d'emploi,...). Ces mesures cherchent à augmenter les possibilités concrètes des individus d'accéder à un emploi (le droit au travail dans sa dimension de possibilité), en agissant sur les ressources et les facteurs de conversion individuels et sociaux. De manière générale, toutes les mesures d'activation qui participent de la transformation du droit de refuser un emploi non-convenable au droit de recevoir de l'aide pour accéder à un emploi convenable et qui participent au développement de ce droit apparaissent fondées sur le droit au travail, dans son acception démocratique.

**549.** L'exercice est plus délicat en ce qui concerne les deux autres dimensions de l'activation, lesquelles prônent le renforcement de la contrainte, juridique ou économique, au travail en vue de rapprocher les individus du marché du travail par un. Pour qu'un lien fondationnel puisse être établi entre ces mesures et le droit au travail, il faudrait démontrer que, malgré la restriction posée au droit au travail dans sa dimension de choix, ces mesures constituent une proposition raisonnable en vue d'accroître, à terme, les possibilités de leurs destinataires d'accéder à un travail qu'ils auront librement choisi.

**550.** Nous exprimons les plus grandes réticences en ce qui concerne les mesures d'activation qui renforcent la contrainte économique au travail (logique de reconditionnement). L'expérience de l'histoire corrélée par des études économiques relatives à l'efficacité des politiques d'activation tend en effet à démontrer que si ce type de mesures (diminution de la générosité des prestations sociales ou crédits d'impôt) ont le moindre impact sur le taux d'emploi (ce qui n'est par ailleurs pas établi), c'est au prix d'un abaissement des conditions de travail et de salaires. Or, dans l'approche démocratique des droits, la qualité des emplois est un indicateur important du droit au travail dans sa dimension de choix, lequel dépend de la présence d'options ou d'alternatives de valeur. S'il est dès lors difficilement envisageable que cette dimension de l'activation puisse être considérée comme fondée sur le droit au travail, il faut néanmoins rappeler que l'approche démocratique des droits admet l'existence d'autres rationalités que les droits, lesquelles doivent être conciliées avec les droits à travers un débat démocratique. Une limite est toutefois posée à ce débat : les mesures de reconditionnement ne peuvent en toute hypothèse pas aboutir à priver les individus des droits sociaux minimaux qui doivent leur permettre d'assurer leur subsistance et sans lesquels ils ne pourraient exercer de manière effective leurs libertés politiques.



**551.** La dernière dimension de l'activation mérite des développements plus nuancés. Notre travail a permis de mettre en exergue que le recours à la contrainte juridique soit se double d'une logique de reconditionnement (c'est par exemple des mesures de *workfare*), soit se greffe sur une mesure qui a pour objet le développement de droits et de services liés au travail (c'est notamment le cas des mesures qui obligent les bénéficiaires de prestations sociales à participer à une mesure active du marché du travail). Dans la première hypothèse, le développement d'obligations juridiques liées au travail est un moyen indirect de faire pression à la baisse sur les exigences des chômeurs relativement à l'emploi et, tout comme les mesures qui ont un effet immédiat sur la contrainte économique au travail, elles n'apparaissent donc pas fondées sur le droit au travail. Dans la deuxième hypothèse, la mesure cherche à augmenter les possibilités d'accéder à un emploi librement choisi et le caractère obligatoire de la mesure vise à maintenir la confiance et le soutien de la société envers un système d'allocations généreux, via le principe de la réciprocité des droits et des devoirs. En pratique, on ne pourra souvent pas se fier à la dénomination de la mesure d'activation ni aux discours politiques qui ont justifié la réforme pour classer la mesure dans l'un ou l'autre répertoire. Une même mesure peut être qualifiée d'expérience professionnelle, voire d'emploi garanti, par ses promoteurs et de mesures de *workfare* par ses détracteurs. Les indicateurs économiques ne permettent par ailleurs pas de faire la distinction et se retrouvent ainsi classées dans la catégorie des « mesures actives du marché du travail », les mesures qui cherchent à augmenter les capacités des individus à accéder un emploi de leur choix comme les mesures qui visent, à pousser à la baisse leur salaire de réservation. L'attention accordée à la liberté de choix des bénéficiaires de prestations sociales, dans la réglementation et dans la mise en œuvre de la mesure par l'administration, constitue par contre un indice important qu'on se trouve dans la deuxième hypothèse. Bien que la participation à la mesure soit obligatoire, certains éléments peuvent protéger, dans une plus ou moins grande mesure, le droit au travail dans sa dimension de liberté. Sur ce point, différents critères se dégagent de questions posées aux Etats par la jurisprudence internationale. On pense notamment au fait d'associer ou de consulter les chômeurs au choix de la mesure d'activation imposée. On pense également au fait que les chômeurs puissent faire valoir, sur base de la réglementation ou en pratique, certains motifs pour décliner une mesure d'activation et disposent, le cas échéant d'un droit de recours (droits procéduraux). Enfin, la hauteur et le nombre de sanctions, ainsi que la possibilité de bénéficier d'une aide sociale minimale pendant la durée de la sanction forment un autre ensemble d'éléments permettant d'apprécier la liberté de choix.

**552.** De manière transversale, des critères importants d'évaluation des réformes au regard de la réalisation du droit-capacité à participer au débat démocratique concernent l'implication des acteurs intéressés, en ce compris les chômeurs, dans l'élaboration et l'évaluation des réformes d'activation. Si la jurisprudence internationale est éveillée à ces préoccupations et développe ce type d'exigences, elle considère parfois que la participation des organisations représentatives des travailleurs suffit à assurer la représentation des intérêts des chômeurs. Des études de sciences politiques et de sociologie politique tendent pourtant à montrer que ce lien n'est pas évident, ni nécessaire, et que la question de la représentation collective des intérêts des chômeurs doit être réfléchie.

**553.** En vue d'aller plus avant dans l'identification et la spécification des conditions dans lesquelles les mesures d'activation sont susceptibles de mieux sécuriser le droit-capacité au travail et le droit-capacité de participer au débat démocratique, il serait intéressant de développer des recherches comparatives sur les réformes d'activation mises en œuvre au sein d'un pays ou dans différents pays. L'apport de juristes à ces recherches empiriques résiderait à la fois dans l'élaboration de dispositifs d'évaluation fondé sur les droits et dans l'analyse rigoureuse des dispositifs légaux. Ces études pourraient mettre en évidence les bonnes pratiques et participer à leur diffusion. Parallèlement et en vue de stimuler la logique expérimentaliste, les chercheurs en droit pourraient mener une réflexion sur les conditions juridiques et de gouvernance nécessaires au développement de cette approche, que ce soit pour encourager les expérimentations, pour identifier les solutions innovantes ou pour promouvoir ensuite leur diffusion.

### **c. Délier le droit au travail de l'impératif productiviste ?**

**554.** Dans ce dernier point, nous ouvrons le champ des possibles et envisageons comment les expériences concrètes pourraient à leur tour conduire à une reformulation du droit au travail. Le détour par l'histoire nous a permis de montrer que l'institution juridique du droit au travail est traversée par une tension entre droit et devoir de travailler parce qu'elle s'est forgée en creux du libéralisme économique, lequel exige que chacun participe, par son travail productif, à l'accroissement des richesses dont dépend la cohésion et la pacification de la société. Nous avons toutefois vu qu'en rejoignant la sphère des droits humains, le droit au travail avait concrètement servi de garde-fou contre le développement de politiques publiques qui, dans le cadre du libéralisme économique, réduiraient concrètement le droit à un devoir de travailler. Dans une seconde étape, le droit au travail pourrait devenir le lieu d'articulation d'une réflexion démocratique sur la sortie du libéralisme économique et de l'impératif productiviste. Il nous semble en effet que la confrontation au réel pourrait aboutir à un questionnement du lien fondateur entre libéralisme économique et droit au travail.

**555.** S'il appert que nos sociétés se retrouvent enfermées, au sein d'économies post-industrielles, dans un dilemme insoluble entre chômage élevé et précarisation des emplois, un débat pourrait naître autour d'une reformulation du droit au travail. Si, au gré des expériences, parmi lesquelles figurent les politiques d'activation des personnes sans emploi, il apparaît difficile, voire impossible, d'offrir à tous un travail qui soit à la fois productif et rémunéré, et librement choisi, nos sociétés pourraient décider d'émanciper le droit au travail du libéralisme économique, pour définitivement sortir de cette tension entre droit et devoir de travailler. Reformulé, le droit au travail ne porterait plus sur un travail productif et rémunéré mais sur toute activité socialement valorisée, peu importe qu'elle contribue ou non à la croissance économique. Les politiques d'activation auraient alors constitué une sorte de dernier soubresaut du libéralisme économique et l'expérience concrète à travers laquelle se serait révélée l'insuffisance démocratique d'un droit au travail lié à l'impératif productiviste.

**556.** La jurisprudence internationale ne peut bien entendu pas présider à cette reformulation, dès lors qu'il est explicitement dit dans les textes ou dans leurs travaux préparatoires que le droit au travail porte sur un travail productif et rémunéré. Une telle reformulation exigerait dès lors une évolution des textes internationaux. Si un tel projet n'est pas encore à l'ordre du jour dans les cénacles internationaux, on relèvera l'émergence d'un nouveau droit qui fait écho à ses préoccupations, le droit à la conciliation entre la vie privée et la vie familiale, introduit par exemple à l'article 27 de la Charte sociale européenne révisée en 1996. Par ailleurs, certains dispositifs légaux favorisent d'ores et déjà, au niveau national, le développement d'activités socialement valorisées. On songe notamment aux réformes qui tendent à faire entrer dans la sphère de l'emploi salarié des activités socialement utiles mais peu productives *via* des techniques telles que les subsides à l'emploi, la création d'emplois publics,... On songe également aux mesures qui dispensent les bénéficiaires de prestations de non-emploi (indemnisation du chômage et assistance sociale) de rechercher un emploi sur le marché du travail lorsqu'ils reprennent des études, entament une formation ou encore prennent soin d'un parent proche malade. On pense encore aux mesures qui visent à offrir une meilleure conciliation entre la vie privée et la vie familiale ou sociale aux personnes qui exercent par ailleurs un travail productif et rémunéré. Nous visons par exemple les congés parentaux, les congés pour s'occuper de parents malades ou encore pour reprendre une formation. Ce type de dispositifs pourrait tendre à se développer sous l'égide d'un droit au travail élargi. Nicole Drancourt propose ainsi « d'inscrire les activités socialement utiles dans un lien de droit qui les hissent au rang de « travail » sans hiérarchie de reconnaissance »<sup>368</sup>.

Certains émettent des propositions plus radicales en vue de réaliser un tel droit à la participation ou à l'utilité sociale. L'Etat pourrait agir comme employeur de dernier ressort et garantir le droit à une activité socialement utile, à travers une garantie d'emploi<sup>369</sup>. On retrouve également les propositions alternatives de revenu garanti. Tout comme cette proposition politique est parfois avancée en vue de sécuriser le droit à un travail productif et rémunéré, il est également parfois argumenté qu'au-delà du travail productif et rémunéré, elle permettra de sécuriser la possibilité d'effectuer des activités non-productives ou bénévoles<sup>370</sup>.

**557.** On peut se demander si le travail continuerait à être considéré comme un bien essentiel s'il était détaché de l'impératif productiviste. Jon Elster rejette la proposition politique d'un droit au travail garanti car il estime que, dans ce cadre, le travail ne procurerait pas d'estime

---

<sup>368</sup> N. DRANCOURT, « Activation de la protection sociale : un droit à revenu universel de type nouveau ? », *Mouvements*, 2013/1, n°73, p. 124. En ce sens, voy. également : R. ARNESON, « Is Work Special ? Justice and the Distribution of Employment, *The American Political Science Review*, Vol. 84, n°4, Décembre 1990, pp. 1127-1147 ; O. DE SCHUTTER, « Activation Policies for the Unemployed, Redefining a Human Rights Response », in E. Dermine et D. Dumont (dir.), *Activation Policies for the Unemployed, the Right to Work and the Duty to Work*, Bruxelles, PIE-Peterlang, 2014, pp. 272-275 ; A. SUPIOT (dir.), *Au-delà de l'emploi. Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Paris, Flammarion, 1999, p. 56 et p. 222 (sur les droits de tirage sociaux) ; D. MARSDEN et H. STEPHENSON (dir.), « Labour Law and Social Insurance in the New Economy : A Debate of the Supiot Report », *Discussion Paper de la London School of Economics*, 2001.

<sup>369</sup> Voy. par exemple : B. ALCOTT, « Should Degrowth Embrace the Job Guarantee ? », *Journal of Cleaner Production*, n°38, 2013, pp. 56-60.

<sup>370</sup> Voy. par exemple : Entretien de Jean-Marc Ferry par O. MONGIN, « Pour une autre valorisation du travail. Défense et illustration du secteur quaternaire, *Esprit*, juillet 1997, n°234, pp. 5-17.

de soi<sup>371</sup>, et donc d'épanouissement personnel. Selon lui, l'estime de soi dépend essentiellement de l'estime librement accordée par les autres et seul le travail productif valorisé sur le marché libre du travail pourrait dès lors engendrer de l'estime de soi. Nous adhérons à la prémisse suivant laquelle l'estime de soi tirée du travail est intimement liée au sentiment d'utilité et à la reconnaissance sociale. De nombreux travaux de recherche en psychologie sociale ont en effet vérifié ce lien<sup>372</sup>. L'affirmation suivant laquelle l'estime des autres proviendrait uniquement et nécessairement d'un travail productif effectué aux conditions du marché repose par contre à notre sens sur deux prémisses erronées. La première suivant laquelle le marché serait un mécanisme neutre qui permettrait de rendre parfaitement compte, à travers les prix, de la valeur accordée par la société dans son ensemble au travail accompli. Et la seconde suivant laquelle seules les activités productives auraient de la valeur pour la société. Au regard de ces considérations, nous pouvons conclure que le travail continuerait très vraisemblablement à être valorisé comme un bien essentiel à l'estime de soi s'il porte sur des activités qui sont valorisées par la société, peu importe qu'elles soient ou non jugées productives au sens économique classique du terme.

**558.** Certains promoteurs du revenu garanti plaideront non pas pour un élargissement de l'objet du droit au travail mais pour son abandon pur et simple au profit d'un droit à un revenu garanti. Ils refusent en effet d'accorder au travail une valeur particulière. Cette évolution est possible dans le cadre d'une approche démocratique des droits puisque le droit au travail est considéré comme un droit-produit de la démocratie dont le contenu mais également le principe peuvent être mis en débat. Cette évolution nous semble toutefois moins probable, dans la mesure où, dans nos sociétés, l'épanouissement individuel apparaît profondément lié à l'utilité sociale. Cette question anthropologique demeure de l'ordre de l'impensé dans la proposition libérale de l'allocation universelle.

On ajoutera que nos travaux montrent que, contrairement à une lecture qui est souvent faite, le dépassement de la tension entre le droit au travail et le devoir de travailler ne doit pas nécessairement passer par l'abandon du droit au travail et l'institution d'une allocation universelle. Cette lecture est à notre sens prisonnière de la vision libérale traditionnelle des droits qui oppose les droits créances et les droits libertés, et en l'occurrence le droit au travail et la liberté du travail. Nous avons montré que la tension provient du fait que l'institution juridique du droit au travail est marquée par l'idéologie libérale et porte dès lors sur un travail productif et rémunéré. Par ailleurs, l'approche démocratique des droits permet de dépasser l'opposition libérale entre le droit-créance et droit-liberté, en concevant le droit au travail comme un droit-créance portant sur un travail librement choisi. Le droit au travail est considéré comme un droit-but qui doit être réalisé dans sa dimension de possibilité et dans sa dimension de choix.

---

<sup>371</sup> J. ELSTER, « Is There (or Should There Be) a Right to Work ? », in A. Gutman (éd.), *Democracy and the Welfare State*, Princeton, Princeton University Press, 1988, p. 74.

<sup>372</sup> Voy. not. : A. SEN, « Inequality, Unemployment and Contemporary Europe », *International Labour Review*, Vol. 136, n°2, 1997, pp. 161-162 ; S. PAUGAM, « L'épreuve du chômage : une rupture cumulative des liens sociaux ? », *Revue européenne des sciences sociales/European Journal of Social Sciences*, XLIV-135, 2006, pp. 11-27.

Nous relèverons enfin que dans la perspective d'un droit à une activité socialement valorisée, le travail ne serait plus une question économique ; il deviendrait une question sociale mais également et surtout une question politique puisqu'il conviendrait de définir, au terme de délibérations démocratiques, les activités qui ont de la valeur pour la collectivité. Au contraire, le droit à un revenu garanti tendrait plutôt vers un « désencastrement de l'économique hors du social »<sup>373</sup> et conduirait à un désinvestissement démocratique de la sphère du marché. Au regard de cette considération, le droit à une activité socialement valorisée nous apparaît plus en prise avec une conception démocratique des droits qui conçoit les droits comme un lieu d'échange et de débats sur la construction du commun plutôt qu'un lieu d'éclatement de la société en aspirations individuelles et individualistes. Il offre des perspectives d'approfondissement des principes démocratiques, en faisant du travail un objet de délibérations démocratiques.

**559.** En toute hypothèse, les droits ne constitueront jamais que le lieu dans lequel peut s'instituer un débat sur la légitimité et l'efficacité des normes d'organisation de la société ; il ne faut pas perdre de vue que, dans leur approche démocratique, les droits ne permettent pas de définir par le haut un modèle social idéal à plaquer sur la réalité. Ainsi, comme le relève Tanghe, « en vertu de leur caractère indéterminé et indéterminable, les droits peuvent aider à ouvrir la voie vers un avenir 'post-productiviste' mais s' « ils peuvent fournir un cadre à ce combat », « les conditions sous lesquelles le cadre peut être rempli ne sont pas une affaire du droit : elles supposent un série de développements dans la société même, des changements d'attitude et de mentalité, voire même une mutation anthropologique »<sup>374</sup>.

---

<sup>373</sup> Suivant l'expression de Karl Polanyi utilisée pour caractériser l'histoire de la montée de l'économie de marché (*La Grande Transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, Gallimard, 1983 (originellement publié en 1944)).

<sup>374</sup> F. TANGHE, *Le droit au travail entre histoire et utopie. 1789-1848-1989 : de la répression de la mendicité à l'allocation universelle*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1989, p. 232.

## Table des matières

Sommaire .....	1
Liste des abbréviations.....	2
Introduction générale .....	3
1. Le contexte général de la recherche .....	3
a. Les politiques nationales d'activation des personnes sans emploi face au droit au travail dans le droit international des droits humains.....	4
b. Le droit au travail dans le droit international des droits humains face aux politiques nationales d'activation des personnes sans emploi.....	8
2. La question de recherche .....	10
a. La jurisprudence internationale relative au droit au travail .....	11
b. Les politiques d'activation des personnes sans emploi.....	18
c. La légitimité et l'efficacité de l'action de la jurisprudence internationale .....	19
3. La méthode de recherche.....	21
4. Le plan de la thèse.....	23
Titre 1. Le droit au travail et les politiques d'activation des personnes sans emploi : contextualisation historique et politique.....	27
Introduction du Titre 1 .....	27
Chapitre 1. Genèse du droit au travail .....	28
Introduction.....	28
Section 1. L'émergence de l'idée du travail comme droit humain .....	29
§1. Le travail au fondement de la société libérale moderne .....	29
§2. Du devoir moral de travailler à l'exigence éthique d'assurer à tous la possibilité d'obtenir un travail .....	32
§3. D'un droit à la subsistance à un droit à l'autoréalisation.....	34
Section 2. Les différentes conceptions politiques du droit au travail et leur traduction juridique.....	39
§1. La conception libérale originelle du droit au travail .....	39
§2. La conception socialiste du droit au travail.....	43
§3. La conception libérale classique du droit au travail .....	49
§4. La conception réformiste du droit au travail.....	54
Conclusion du Chapitre 1 .....	64
Chapitre 2. Le droit au travail dans les pactes internationaux, traduction du compromis social d'après-guerre.....	66
Introduction.....	66

Section 1. La volonté généralisée d'inscrire le droit au travail dans le giron du droit international des droits humains .....	66
§1. Deux événements catalyseurs.....	67
§2. Une représentation sociale commune du travail .....	68
§3. Les dispositions internationales relatives au droit au travail .....	70
Section 2. La traduction juridique d'un consensus <i>a minima</i> quant à la formulation du droit au travail .....	72
§1. Les débats relatifs à la formulation du droit au travail dans la DUDH.....	72
§2. Les débats relatifs à la formulation du droit au travail dans le PIDESC .....	76
§3. Les débats relatifs à la formulation du droit au travail dans la CSE.....	81
Section 3. La prévalence du modèle réformiste dans l'application du droit au travail .....	89
Remarque préliminaire : continuité des fonctions assignées au travail.....	90
§1. Le droit au travail dans sa dimension de créance.....	91
§2. Le droit au travail librement choisi.....	97
§3. Le droit à l'indemnisation du chômage involontaire.....	103
Conclusions du Chapitre 2 .....	108
Chapitre 3. L'activation des personnes sans emploi, témoin de la recomposition des conceptions politiques du droit au travail.....	110
Introduction.....	110
Section 1. L'activation des personnes sans emploi, une réponse à la crise d'efficacité de la conception réformiste du droit au travail.....	110
§1. Contextualisation : la crise d'efficacité de la conception réformiste du droit au travail .....	111
a. La transformation du contexte socio-économique et la mise sous pression de l'Etat-providence : aperçu de la littérature de l'économie politique .....	112
b. L'inefficacité de la conception réformiste du droit au travail et la crise de légitimité sociale de l'Etat-providence .....	116
§2. L'activation des personnes sans emploi, notion et raisons d'être.....	119
a. Clarification de la notion .....	120
b. La promotion de l'emploi au nom de la cohésion sociale et de l'épanouissement individuel .....	127
Section 2. Des déclinaisons multiples qui traduisent des arbitrages variés entre le droit et le devoir de travailler .....	130
§1. Les différentes variantes de l'activation des personnes sans emploi : aperçu de la littérature.....	131
a. Les classifications idéal-typiques des politiques d'activation .....	131
b. La question de la convergence des politiques nationales d'activation.....	134
§2. Des arbitrages variés entre le droit et le devoir de travailler .....	136

a. Le renforcement de la contrainte économique au travail .....	137
b. Le renforcement de la contrainte juridique au travail .....	142
c. Le développement de droits, de services ou d'opportunités liés au travail.....	150
Conclusion du Chapitre 3 .....	155
Conclusion du Titre 1.....	157
Bibliographie sélective de l'introduction et du Titre 1 .....	160
Titre 2. L'action des droits humains dans la recomposition des politiques sociales : réflexion critique .....	174
Introduction du Titre 2 .....	174
Chapitre 1. Droits humains et politique.....	175
Introduction.....	175
Section 1. La conception démocratique des droits humains .....	175
§1. La démocratie, principe explicatif des droits humains et de leur articulation avec le politique .....	176
a. La notion de démocratie chez Lefort.....	176
b. La démocratie comme principe de justification des droits humains.....	177
c. L'articulation entre les droits humains et le politique .....	179
§2. Caractérisation de la conception démocratique des droits humains.....	183
a. Des droits ouverts et évolutifs.....	183
b. Le cadre normatif de la démocratie.....	184
c. Des principes et enjeux de la société politique .....	187
Section 2. La conception démocratique du droit au travail .....	189
§1. Un droit ouvert et évolutif .....	190
§2. Le cadre normatif de la démocratie .....	192
§3. Une limite et un enjeu de la volonté collective.....	196
Conclusion du Chapitre 1 .....	198
Chapitre 2. Le rôle et le pouvoir d'action de la jurisprudence internationale relative aux droits humains dans la recomposition des politiques sociales .....	199
Introduction.....	199
Section 1. L'impasse démocratique des approches traditionnelles de l'action de la jurisprudence internationale.....	200
Section 2. L'expérimentalisme démocratique .....	206
§1. Une conception des droits humains étroitement liée à l'approche démocratique ....	209
§2. Une théorie procédurale de l'action qui approfondit et revitalise la démocratie .....	211
§3. Un cadre normatif minimal latent.....	215
Section 3. L'approche par les capacités.....	218



§1. Une conception des droits humains étroitement liée à l'approche démocratique .....	219
§2. Une théorie évaluative incomplète qui approfondit les principes de la démocratie .	223
§3. L'absence d'une théorie procédurale de l'action.....	227
Conclusion du Chapitre 2 .....	228
Conclusion du Titre 2.....	232
Bibliographie sélective du Titre 2 .....	237
Titre 3. La jurisprudence internationale relative au droit au travail face aux politiques d'activation des personnes sans emploi : étude analytique et évaluative.....	
Introduction du Titre 3 .....	244
Chapitre 1. Les politiques d'activation des personnes sans emploi, un moyen de réaliser le droit au travail ?.....	
Introduction.....	246
Section 1. La promotion des mesures d'activation qui développent les droits, les services ou les opportunités liés au travail .....	
§1. La jurisprudence du CDESC relative à l'article 6 du PIDESC .....	247
a. La globalisation et les droits économiques et sociaux.....	248
b. Le focus sur les « mesures ciblées de l'emploi ».....	252
c. Actualisation ou statu quo des exigences qui découlent du droit au travail ? .....	264
§2. La jurisprudence du CEDS relative à l'article 1, §1 de la CSE.....	268
a. De 1984 à 2002 : l'abandon de la mission de contrôle .....	269
b. A partir de 2002 : la reprise de l'évaluation sur base d'indicateurs .....	274
c. La promotion des « mesures actives de l'emploi » : actualisation ou <i>statu quo</i> des exigences qui découlent du droit au travail ?.....	279
Section 2. Quid des variantes coercitives de l'activation développées par les Etats au nom du droit au travail ? .....	
§1. La jurisprudence du CDESC relative à l'article 6 du PIDESC .....	290
a. La structuration externe d'un processus d'autorégulation interne .....	291
b. La non-perception de la tendance des Etats à renforcer la contrainte au travail en vue de réaliser le droit au travail.....	297
§2. La jurisprudence du CEDS relative à l'article 1, §1 du CEDS .....	300
a. L'émergence d'exigences procédurales .....	300
b. La perception de la tendance des Etats à renforcer la contrainte au travail en vue de réaliser le droit au travail.....	304
c. La scission entre la dimension de possibilité du droit au travail et la dimension de choix.....	308
Conclusion du Chapitre 1 .....	317

Chapitre 2. Le droit au travail librement choisi, une limite au développement des variantes coercitives de l'activation ? .....	320
Introduction.....	320
Section 1. Le droit à l'indemnisation du chômage en l'absence d'emploi convenable, comme exigence minimale concrète découlant du droit au travail librement choisi .....	321
§1. La jurisprudence du CDESC relative à l'article 6 du PIDESC .....	322
§2. <i>La jurisprudence du CEDS relative à l'article 1, §2 de la Charte sociale européenne</i> .....	328
§3. <i>La jurisprudence des organes de l'OIT relative à la Convention n°29 sur le travail forcé</i> .....	334
a. L'interdiction de conditionner le droit aux prestations contributives de chômage à la condition d'accomplir des prestations de travail .....	336
b. L'interdiction d'étendre l'obligation de disponibilité au travail aux emplois qui ne sont pas convenables dans les systèmes de prestations de chômage .....	342
Section 2. La révision et la flexibilisation de la notion d'emploi convenable dans les normes nationales et internationales en matière de prestations de chômage.....	349
§1. La protection du statut social et professionnel à travers la notion d'emploi convenable : origine et justifications.....	349
§2. La révision de la notion d'emploi convenable dans les systèmes nationaux d'indemnisation du chômage : contenu et justifications des réformes.....	354
§3. La flexibilisation de la notion d'emploi convenable dans le Code européen de sécurité sociale.....	359
Section 3. 1990-2002 : une parenthèse expérimentaliste dans la jurisprudence du CEDS relative à l'article 1, §2 de la CSE .....	365
§1. Le développement d'une pratique de questionnements.....	366
§2. L'émergence de nouveaux critères d'évaluation portant sur le droit au travail dans ses deux dimensions .....	371
§3. La mise entre parenthèses de cette pratique.....	375
Conclusion du Chapitre 2 .....	376
Conclusion du Titre 3.....	378
Bibliographie sélective du Titre 3 .....	381
Conclusion générale .....	387
1. Les apports de l'étude.....	387
a. L' « encodage dans le droit » des sources sociales du droit au travail et de ses différentes conceptions politiques .....	387
b. Repenser les droits humains comme le lieu d'institutionnalisation de la démocratie.....	390
c. Combiner l'expérimentalisme démocratique et l'approche par les capacités pour développer une pratique jurisprudentielle qui reconnecte le droit et le politique .....	392
2. Retour sur la question de recherche .....	394

a. Libérer le droit au travail de la conception réformiste d'après-guerre.....	394
b. Veiller à ce que les politiques d'activation respectent l'esprit du droit au travail et le cadre démocratique.....	396
c. Déliver le droit au travail de l'impératif productiviste ? .....	399
Table des matières.....	403